

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 623

(Ano VIII)

(30/05/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



30/05/2016 Rômulo de Andrade Moreira

» [O estupro da adolescente - uma análise para além do Direito Penal](#)

ARTIGOS

30/05/2016 Isabella Maria Collmann

» [Um breve comparativo entre a nova e a velha Lei de Falências e seus aspectos positivos e negativos](#)

30/05/2016 Ana Carolina Graciano Piva

» [Transação penal nos Juizados Especiais Criminais sob a ótica constitucional](#)

30/05/2016 Mariana Paula Penariol

» [Responsabilidade civil do Estado](#)

30/05/2016 Hugo Fellipe Martins de Lima

» [Dos Incidentes de Execução](#)

30/05/2016 Joadelson Rodrigues Albuquerque

» [O instituto das medidas de segurança e os manicômios judiciais no Estado do Tocantins](#)

30/05/2016 Tony de Sousa Marçal

» [Licença paternidade e os efeitos da Lei 13.257 na Administração Pública](#)

30/05/2016 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Destques ao Decreto nº 8.553/2015: O Pacto Nacional para Alimentação Saudável como Instrumento de Concreção do Direito Humano à Alimentação Adequada](#)

O ESTUPRO DA ADOLESCENTE - UMA ANÁLISE PARA ALÉM DO DIREITO PENAL

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA: Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia. Professor de Direito Processual Penal da UNIFACS. Pós-graduado, lato sensu, pela Universidade de Salamanca/Espanha (Direito Processual Penal). Especialista em Processo pela UNIFACS.

No ultimo dia 21 de maio, segundo foi amplamente noticiado pela imprensa, uma adolescente de 16 anos foi estuprada por cerca de trinta homens. A notícia e os detalhes do fato são bem tristes (aquela de ser lida e estes de serem conhecidos), pois nada pode ser tão brutal do ponto de vista do próprio sentido de humanidade. Esse fato não fere somente a mulher (no sentido de gênero), mas a própria razão de ser da existência humana. Fere a "alma humana" ou, como diriam alguns, a natureza humana (?). A vítima poderia ter sido uma pessoa do sexo masculino: travesti, transexual, homossexual, heterossexual. Não importa: em qualquer caso teria havido uma barbárie.

Creio que uma das violências mais cruéis contra alguém (se assim é possível falar), trata-se de forçar outrem a fazer aquilo que há de tão sublime e belo na existência humana: propiciar a alguém o prazer sexual (que é só um dos prazeres da vida, óbvio). Aliás, a vida pode ser vivida sem se ter nenhum prazer, nem assim deixa de ser vivida e de ser vida. Por isso que, para muitos, a vida é uma merda, como dizia Oscar Niemayer.

Mas, para além de outros adjetivos (tais como, "criminosos", "bandidos", "miseráveis", "desgraçados", "psicopatas") e soluções reducionistas ("castração", "empalamento", "decapitação", "tortura",

dentre outras bobagens), acho que deveríamos refletir um pouco mais, ao menos nós que estamos inseridos no sistema jurídico.

Não há dúvidas que o discurso punitivista de endurecimento das normas penais e processuais penais virá logo (tanto da direita como de parte da esquerda - Maria Lúcia Karam já alerta há algum tempo). Certamente teremos em breve uma plethora de projetos de lei para recrudescer as leis penais relativas a tais crimes, pois, como se sabe, aqui no Brasil, o Direito Penal é a panaceia para todos os males. Devem propor aumento das penas para o estupro, formas qualificadas (apesar de já termos causas de aumento de pena), etc. A primeira solução é sempre apelar-se para o sistema jurídico e, conseqüentemente, para a Justiça Criminal com as suas normas repressivas e de caráter vingativo/retributivo.

O estupro, por exemplo, é crime hediondo desde o ano de 1990 e a prática de tais delitos só aumentaram desde então no Brasil. Em 2009 também endureceu-se o tratamento jurídico-penal em relação a tais crimes e, empiricamente, nada indica que a sua incidência diminuiu. E não vai mesmo!

Lembro aqui da parábola do açougueiro, contada por Eugenio Raul Zaffaroni, em uma Conferência no XIII Congresso Latinoamericano, V Iberoamericano e 1º. do Mercosul de Direito Penal e Criminologia, realizada no Guarujá, no dia 16 de setembro de 2001:

"El carnicero es un señor que está en una carnicería, con la carne, con un cuchillo y todas esas cosas. Si alguien le hiciera una broma al carnicero y robase carteles de otros comercios que dijeran: "Banco de Brasil", "Agencia de viajes", "Médico", "Farmacia", y los pegara junto a la puerta de la carnicería; el carnicero comenzaría a ser visitado por los feligreses, quienes le pedirían pasajes a Nueva Zelanda, intentarían dejar dinero en una cuenta, le consultarían: "tengo dolor de estómago, ¿qué puede hacer?". Y el carnicero

sensatamente respondería: "no sé, yo soy carnicero. Tiene que ir a otro comercio, a otro lugar, consultar a otras personas". Y los feligreses se enojarían: "Cómo puede ser que usted está ofreciendo un servicio, tiene carteles que ofrecen algo, y después de no presta el servicio que dice". Entonces tendríamos que pensar que el carnicero se iría volviendo loco, y empezaría a pensar que él tiene condiciones para vender pasajes a Nueva Zelanda, hacer el trabajo de un banco, resolver los problemas de dolor de estómago. Y puede pasar que se vuelva totalmente loco y comience a tratar de hacer todas esas cosas que no puede hacer, y el cliente termine con el estómago agujereado, el otro pierda el dinero, etc. Pero si los feligreses también se volvieran locos y volvieran a repetir las mismas cosas, volvieran al carnicero; el carnicero se vería confirmado en ese rol de incumbencia totalitaria de resolver todo. Bueno, yo creo que eso pasó y sigue pasando con el penalista. Tenemos incumbencia en todo. Tenemos que actuar como lo haría el carnicero responsable." ("La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado - o la lógica del carnicero responsable").

O estupro, para além de um fato relevante do ponto de vista penal, não é um fenômeno brasileiro, tampouco, como se costuma dizer, latino. Recorde-se, por exemplo, que na Índia, no dia 16 dezembro de 2012, uma jovem de 23 anos foi estuprada por vários homens dentro de um ônibus. Ela morreu, inclusive, em decorrência da violência sexual. Nos dois anos seguintes ao caso, as queixas de estupro saltaram de cerca de 25 mil por ano para mais de 36 mil

(em 2014). O estupro é um crime bastante comum naquele País. As vítimas são adolescentes, quase sempre.

Em alguns países islâmicos também é enorme o número de estupros de mulheres. É fato. Leiam. (A propósito, eu apoio a luta dos islâmicos contra o imperialismo ocidental. Um verdadeiro genocídio praticado pelos americanos e por alguns Países europeus. E sou solidário com o sofrimento daquele povo, agora, se não bastasse, impedido de fugir das atrocidades das guerras, pois todos suspeitos de serem terroristas. Portanto, não me venham com patrulhamento).

Também ao final da II Guerra Mundial, e esse é um fato não muito conhecido, ocorreram estupros em massa cometidos por soldados soviéticos contra mulheres alemãs. Existem registros de que os soldados de Stálin atacaram um número bastante alto de mulheres na Alemanha e, em particular, na capital alemã.[1] Já na Alemanha nazista houve um campo de concentração apenas para mulheres judias que, dentre outras crueldades, eram submetidas à violência sexual. Também é fato histórico.[2]

E o que dizer dos Estados Unidos da América, suposto berço da Democracia e das liberdades públicas. Lá, mais de 18% das estudantes de uma universidade relataram incidentes de estupro ou tentativa de estupro durante seu primeiro ano na instituição. A violência sexual nos campi norte-americanos chegou a níveis epidêmicos.[3] Neste País, os crimes sexuais, não coincidentemente, crescem em 41% em dia de jogos de futebol americano universitário. Os jogos de futebol americano podem estar ligados a 770 estupros na rede universitária por ano.[4] E vejam que os Estados Unidos têm a maior população carcerária do planeta, a maioria de afro-americanos e latinos, seletivamente escolhidos para servirem como matéria prima para as empresas que exploram o lucrativo negócio das prisões privadas.

Então, voltemos ao ponto. O que dizer desses homens que se acharam no direito de fazer sexo com a adolescente sem que ela assim o desejasse e, pior, continuaram a fazê-lo mesmo depois de

desacordada, machucada e bastante ferida. Será que apenas eles seriam os culpados? Eles ou todos nós homens que, de uma forma ou de outra, sempre (ou quase sempre) colocamo-nos em uma posição de superioridade em relação às mulheres, inclusive quando fazemos sexo e conversamos com os amigos em rodas de bares e em conversas de whatsapp?

A propósito, Foucault escreveu que *"os atos sexuais devem, portanto, ser submetidos a um regime extremamente cauteloso. Mas esse regime é bem diferente daquilo que poderia ser um sistema prescritivo que procurasse definir uma forma 'natural', legítima e aceitável das práticas. É notável que quase nada é dito nesses regimes sobre o tipo de atos sexuais que se pode cometer, e sobre aqueles que a natureza aconselha."*[5]

O homem, seja individualmente ou em grupo, parece supor ter algum poder sobre o corpo da mulher. É possível, inclusive, que o seu inconsciente até então reprimido (daí porque eles não conseguiram impedir os seus atos, pois o inconsciente é muito mais forte, como explicou Freud), eleve-se de onde estava mergulhado e lhe convença que a vítima (porque uma mulher) está, na verdade, tendo prazer em ser submetida àquela violência. Ele, portanto, o faz, porque, inconscientemente, acha que está sendo prazeroso para ela, afinal de contas ela é uma mulher e ele um homem. Ele está cumprindo uma sua obrigação natural, de macho.

Não é uma questão do homem brasileiro, tampouco cultural ("cultura do estupro"). Se o fosse, não seria universal. É algo mais. É um sentimento de dominação e de superioridade masculina.[6] A mulher é, sobretudo, vista como objeto de prazer masculino e, portanto, o homem deve desfrutar desse objeto. Tem esse direito, quase natural. Aliás, tem o dever de possuí-la, o que explica, por vezes, tantos insucessos masculinos e tantas agressões às mulheres.

Uma outra inquietação: se o fato ocorrido no Rio de Janeiro tivesse sido praticado contra um adolescente (homem), de classe média alta, será que nós, machos, não teríamos sentido mais indignação e repugnância? A pergunta surge primeiro pelo fato da hipotética vítima não ter sido uma adolescente "suburbana" e,

segundo, porque teria sido o crime praticado contra um de nós, um macho. Outra hipótese: e se a jovem fosse uma adolescente filha de um grande banqueiro, que tivesse acabado de sair de um restaurante em Copacabana, será que a nossa indignação não teria sido bem maior? Será que este hipotético delito seria tão cedo esquecido pela imprensa como este, que efetivamente ocorreu, será em breve?

Concluindo: o mais importante agora seria cuidar dessa adolescente em todos os sentidos, não somente do seu corpo físico, mas, especialmente, sob o aspecto psicológico. Mas, evidentemente, que a imprensa não está preocupada com isso. Nem o Estado, nem a Justiça Criminal, nem o Direito. Especialmente a imprensa (parte dela, claro) quer colher da vítima apenas os detalhes do fato, quantos foram exatamente os autores do crime, o que ela sentiu quando da violência, os momentos subsequentes, qual o sentimento dela em relação a eles, e outras perguntas cretinas. Afinal de contas, é preciso vender a notícia, faturar em cima da audiência, ainda que em cima do sofrimento de uma garota. Para eles, o futuro dessa adolescente não importa. Os estragos feitos em seu corpo e em sua alma são absolutamente desimportantes, mesmo porque, até o próximo fato jornalístico, tudo será esquecido, menos por ela.

NOTAS:

[1]http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150508_estupro_berlim_segunda_guerra_fn

[2]http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/01/150126_campo_concentracao_mulheres_cc.shtml

[3]<http://noticias.terra.com.br/mundo/estados-unidos/estupros-em-universidades-dos-eua-alcancaram-niveis-epidemicos-diz-estudo,c26161e08716eb6be329650bad7b9f78fcdfRCRD.html>

[4]<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/estupros-disparam-nos-eua-por-cultura-do-futebol-americano>

[5] FOUCAULT, Michel, História da Sexualidade 3 - O Cuidado de Si, São Paulo/Rio de Janeiro, Paz & Terra, 2014, p. 154.

[6] Óbvio que há sociedades matriarcais, como algumas aldeias no Vietnã, na China, Nova Guiné, na Indonésia, etc.

UM BREVE COMPARATIVO ENTRE A NOVA E A VELHA LEI DE FALÊNCIAS E SEUS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS

ISABELLA MARIA COLLMANN: Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de apresentar as principais alterações da legislação falimentar trazidas pela lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005 frente ao Decreto Lei 7.661 de 1945. Busca-se uma abordagem multidisciplinar, apontando os aspectos positivos e os negativos da implantação da nova ordem falimentar e também trazendo dados quantitativos e qualitativos. A conclusão trazida por esse estudo se refere ao manifesto efeito predominantemente positivo da nova Lei de Falências ao ordenamento jurídico atual.

Palavras-Chave: Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas. Aspectos Positivos e Negativos da Nova Lei Falimentar. Comparativo entre a Lei 11.101/2005 e o Decreto Lei 7.661/1945.

ABSTRACT: This task has the goal to present the main changes in bankruptcy legislation brought by Law 11.101 of February 9, 2005 against the Decree Law 7661 of 1945. We seek a multidisciplinary approach, pointing out the positives and the negatives of the implementation of the new bankruptcy order and also bringing quantitative and qualitative data. The conclusion brought by this study refers to the manifest predominantly positive effect of the new Bankruptcy Law spatial current.

Keywords: New Bankruptcy Law and Corporate Recovery. Positive and Negative Aspects of the New Bankruptcy Law. Comparative Law 11.101/2005 and Decree Law 7.661/1945.

1 INTRODUÇÃO

As legislações falimentares têm sido alvo de questionamentos e mudanças em vários países nas últimas décadas. No Brasil, desde 1945 estávamos sob o manto da Lei de Falência e Concordata, que disciplinava o processo de extinção da empresa que se encontrava em dificuldade econômica para adimplir suas obrigações perante os credores. Entretanto, observa-se que o decreto lei 7.661 de 1945 se tornou ultrapassado na medida que não conseguia mais atender seus objetivos iniciais.

Em 2005, foi promulgada a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas, a qual dá ênfase na empresa em seu contexto social, em face do interesse comum. A nova lei trouxe a novidade do instituto da recuperação judicial, a qual visa a superação da crise financeira-econômica do devedor, estimulando a atividade econômica, permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores. (Art. 47 da Lei 11.101/05)

Neste trabalho busca-se explorar a conexão entre a antiga legislação falimentar e a nova lei, trazendo aspectos positivos e negativos desta.

Com efeito, inicialmente, pode-se destacar a diminuição dos pedidos judiciais de falência, os quais tinham, muitas vezes, o mero objetivo de cobrança de valores ínfimos, pressionando o devedor a cumprir suas obrigações sob pena de sua quebra. Com o advento da nova lei, o art. 94, inciso I passou a exigir o valor de 40 (quarenta) salários mínimos para propor a ação falimentar no caso de impontualidade injustificada.

Conforme estudos realizados pela Empresa de Crédito Centralizadora dos Serviços dos Bancos S/A (SERASA), em 2005, foram requeridos 9.548 pedidos de falência, enquanto em 2007, foram requeridos 2.721, totalizando uma diminuição de 70,8%. Esses números continuam caindo a cada ano, conforme se observa

no número de pedidos de falência em 2006 e em 2007, representando uma queda expressiva de 25,2%.^[1]

Por outro lado, o número de recuperações judiciais tem crescido. O ano de 2007 fechou com um total de 195 deferimentos em face dos 156 deferimentos do ano de 2006, representando um aumento de 25%.

Estes números demonstram que a nova Lei de Falências e Recuperações Judiciais tem atingido um dos seus objetivos: diminuir o número de pedidos de falência fundados em valores ínfimos.

2 PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NA NOVA LEI DE FALÊNCIA E DE RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

A nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas (Lei 11.101) foi sancionada pelo então presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, em 9 de fevereiro de 2005, e tem como principal objetivo preservar a empresa em estado de crise econômico-financeira. A nova Lei de Falências substituiu o Decreto Lei 7.661 de 1945, conhecido como Lei de Falência e de Concordata.

O atual diploma legal se distingue fundamentalmente da lei falimentar velha porque essa tinha o principal objetivo de realizar pagamentos dos débitos sociais enquanto aquela privilegia a recuperação financeira das empresas.

2.1 O interesse público e social na manutenção da atividade empresarial

A Lei n. 11.101/2005, em seu art. 47, estabelece a prevalência do interesse público e social na manutenção da atividade econômica da empresa em recuperação sobre o interesse privado de cada um dos credores individualmente. Assim dispõe a norma legal:

Art. 47 - A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de

crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Nesse sentido, segue entendimento do festejado Gladston Mamede em seu livro *Falência e Recuperação de Empresas*:

“Ora, compreendendo a empresa como algo mais do que, apesar da insolvência do empresário ou sociedade empresária. Isto é possível pela transferência da empresa a outrem, que, pagando por ela, manterá seu funcionamento, atendendo à sua função social. O ex-titular mantém falido e o valor da alienação ingressa para a massa. A liquidação do patrimônio empresarial não mais se confunde com a extinção da empresa. Isso é viável pois se transfere apenas do ativo, sem o respectivo passivo, que será mantido na massa falida. e simplesmente um conjunto de bens, a liquidação do patrimônio do falido pode fazer-se com a preservação da empresa, ou seja, alienação do somatório de estabelecimento (conjunto organizado de bens para o exercício da empresa) e atividade.”^[2]

Desta forma, fica configurada a importância que tem o Estado em preservar a empresa em razão do bem comum que ela representa na sociedade, sendo inquestionável que sua manutenção é de interesse público. Assim, os empreendedores são incentivados a dar continuidade ao ciclo produtivo da empresa, com vistas a satisfação dos interesses econômicos e da sociedade civil.

Outro ponto que diferencia os dois diplomas legais se refere ao fato da antiga lei atribuir a pessoa jurídica inadimplente a responsabilidade pela falência.

Importante ressaltar o entendimento do autor Gladston Mamede acerca do assunto:

"Afinal, quem faliu foi o empresário ou a sociedade empresária, não a empresa, que é mero objeto. Assim a lei 11.101/05 permite a preservação da empresa, apesar da insolvência do empresário ou sociedade empresária. A liquidação do patrimônio empresarial não mais se confunde com a extinção da empresa. Isso é viável pois se transfere apenas do ativo, sem o respectivo passivo, que será mantido na massa falida."^[3]

A nova lei atribuiu a responsabilidade às pessoas que estão a frente da empresa, mas estendeu também para os credores e para o Poder Judiciário, os quais devem unir esforços a fim de alavancar e reestruturar a situação financeira e econômica da empresa.

2.2 Diferenças entre a recuperação judicial e o instituto da concordata

Outra importante mudança trazida pela Lei n 11.101/05 se refere ao instituto da Recuperação Judicial que substituiu a medida da Concordata. A concordata era um direito que tinha acesso qualquer empresário que atendia aos requisitos da lei, independentemente da viabilidade da recuperação da empresa.

A concordata só produzia efeitos quanto aos credores quirografários. Logo revelou-se a concordata como ineficiente para apresentar-se como solução viável para possibilitar ao empresário a recuperação de sua atividade econômica por via judicial, pois a Lei não lhe dava nenhuma solução quanto aos débitos com garantias reais e trabalhistas.

Diferentemente do que ocorria com a concordata, a recuperação judicial só é deferida quando a empresa tem condições reais de se recuperar, além de sujeitar todos os credores, até os que possuem títulos com privilégios ou preferências.

Nesse sentido, o ilustríssimo Fábio Ulhoa Coelho preceitua, em sua obra “Comentários á Lei de Falências e de Recuperação de Empresas”:

“A medida judicial de preservação do devedor relativamente à falência deixa de ser a concordata (preventiva ou suspensiva) e passa a ser a recuperação judicial. As principais diferenças entre elas são: a) concordata é um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada; b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários, a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência (a única limitação legal é o pagamento das dívidas trabalhistas em no máximo 1 ano), exceto os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício); c) o sacrifício imposto aos credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo mínimo) e é da unilateral escolha do devedor, ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser delimitado no plano da recuperação, sem qualquer limitação legal, e

deve ser aprovado por todas as classes de credores. Atente: se o devedor é microempresário ou empresário de pequeno porte, a recuperação judicial segue rito simplificado.”[4]

Dessa forma, com a recuperação judicial pela nova Lei de Falências, além de se propiciar uma maior participação dos credores nas discussões no sentido de encontrar alternativas de recuperação de empresas em crise, através da assembleia de credores, a Lei também propicia varias formas de recuperação que podem ser adotadas, isoladamente, ou de forma conjunta.

2.3 Falência deixa de ser utilizada como meio coercitivo de cobrança

O pedido de falência perdeu, em parte, a característica de medida coercitiva utilizável na cobrança de dívida. Diversas alterações o indicam, entre elas: a) na nova lei, só é cabível o pedido de falência se o valor da dívida em atraso for superior ao mínimo estabelecido em lei (40 salários mínimos); b) pela nova lei, a simples apresentação de plano de recuperação, no prazo da contestação, impede a decretação da falência com base na impontualidade injustificada; c) amplia-se o prazo para a contestação (ou depósito elisivo) de 24 horas para 10 dias.

Com isto, a preocupação do legislador ordinário é assegurar os princípios norteadores da atividade empresarial (razoabilidade, função social e preservação da empresa), devendo, portanto, a falência ser utilizada, tão somente, nos casos de retirada de atividades mercantis danosas aos interesses sociais.

Dessa forma, não se admite o processo de falência como medida de cobrança, em face do desvio de finalidade e ao desrespeito do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido, segue entendimento jurisprudencial dominante:

APELAÇÃO CÍVEL. PEDIDO DE FALÊNCIA. QUEBRA REQUERIDA COM BASE EM TÍTULO ORIUNDO DE ACORDO FIRMADO ENTRE AS PARTES EM ANTERIOR PEDIDO DE FALÊNCIA QUE A ORA APELANTE MOVEU CONTRA A APELADA. **FALÊNCIA UTILIZADA COMO MEIO DE COBRANÇA. DESVIRTUAMENTO DA FINALIDADE DO INSTITUTO. DESCARACTERIZAÇÃO DA IMPONTUALIDADE. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE FALÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.** Apelo desprovido, por maioria, vencido o Relator.

(Apelação Cível Nº. 70015261159, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Corrêa Palmeiro da Fontoura, Julgado em 22/03/2007 – grifos nossos)

FALÊNCIA. CONTESTAÇÃO. TEMPESTIVIDADE. PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA. IMPONTUALIDADE DO DEVEDOR. **DÉBITO DE PEQUENO VALOR. UTILIZAÇÃO COMO MERO MEIO DE COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.** MANUTENÇÃO. 1. Quando a demora da citação se dá por motivos alheios à vontade do requerente, ou seja, pela demora em virtude dos mecanismos do Poder Judiciário, entende-se que há a incidência da Súmula n. 106 do STJ, não havendo que se falar em prescrição. "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência". (Enunciado n. 106 da Súmula do STJ). 2. "[...] **não se pode legitimar a utilização**

do instituto falimentar com o fito de cobrança, [...] qual a decisão de primeiro grau deve ser mantida incólume. **Ausente o interesse de agir**, destarte, autorizado está o Togado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, VI, do CPC, e a fazê-lo de ofício, à vista do § 3º do mencionado dispositivo legal." (Apelação Cível n. , rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 22-9-2005). (grifo nosso)

(TJ-SC - AC: 80786 SC 2004.008078-6, Relator: Salim Schead dos Santos, Data de Julgamento: 14/11/2007, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Lages)

FALÊNCIA. IMPONTUALIDADE. DÉBITO DE PEQUENO VALOR. UTILIZAÇÃO COMO MERO MEIO DE COBRANÇA. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. MANUTENÇÃO. "[. . .] **não se pode legitimar a utilização do instituto falimentar com o fito de cobrança, [...]**. Ausente o interesse de agir, destarte, autorizado está o Togado a extinguir o processo com fulcro no art. 267, VI, do CPC, e a fazê-lo de ofício, à vista do § 3º do mencionado dispositivo legal." (Apelação Cível n. , rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 22-9-2005).

(TJ-SC - AC: 477845 SC 2006.047784-5, Relator: Salim Schead dos Santos, Data de Julgamento: 14/11/2007, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Rio do Sul) (grifo nosso)

Em conclusão, havendo outras formas de satisfação do crédito não se deve valer-se do instituto da falência. O processo de falência deverá ser utilizado, tão somente, nos casos em que a atividade empresarial representar riscos aos interesses sociais, ou

seja, só se justificar  para evitar atos fraudulentos dotados de má-fé, com a inten o de enriquecimento ilícito, prejudicando a coletividade.

2.4 A antecipac o da venda dos bens do falido e a sua nova ordem de preferência

Outra mudança de destaque se refere a antecipac o da venda dos bens do falido, sem aguardar a fase instrutória, conforme ocorria na vigência do Decreto Lei de 1945. Tal medida garantiu que bens perecíveis não perdessem seu valor, conforme se verifica na posi o doutrinária abaixo:

“A venda dos bens do falido (realiza o do ativo) pode ser feita desde logo. Não está, como na lei de 1945, condicionada   conclusão da fase cognitiva (verifica o dos créditos e investiga o dos crimes falimentares). A venda dos bens perecíveis, sujeitos a considerável desvaloriza o, de conserva o arriscada ou dispendiosa pode ser feita antecipadamente.” [\[5\]](#)

Com a nova lei, mesmo retirando de sua incidência as falências requeridas até a data de sua entrada em vigor (09-06-05), permanecendo estas disciplinadas pelo Decreto-Lei n  7.661 de 1945, foi permitida a venda de seu ativo logo após a arrecada o e avalia o, antes da forma o do Quadro Geral de Credores, fato que num prognóstico bem realista, pode reduzir o prazo de sua realiza o para até mesmo um (1) ano, se houver boa vontade dos interessados.

Ainda no que tange aos bens do falido, a nova lei prevê uma ordem de preferência: aliena o da empresa com a venda de seu estabelecimento em bloco; aliena o da empresa, com a venda de unidades isoladamente; aliena o em bloco dos bens que integram o estabelecimento; aliena o parcelada ou individual dos bens.

Cria-se, também, nova modalidade de venda, além das já existentes (leilão ou propostas), que é o pregão:

Art. 142. O juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, se houver, ordenará que se proceda à alienação do ativo em uma das seguintes modalidades:

I – leilão, por lances orais;

II – propostas fechadas;

III – pregão

É interessante ressaltar que o art. 142 da nova Lei de Falência e Recuperação Judicial também se aplica a insolvência civil, conforme se verifica no entendimento jurisprudencial enunciado abaixo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSOLVÊNCIA CIVIL. INSURGÊNCIA QUANTO À DECISÃO QUE INDEFERIU PEDIDO DE VENDA DIRETA DE IMÓVEL PERTENCENTE À MASSA A UM PROPONENTE EM PARTICULAR, INDEPENDENTEMENTE DE CERTAME PÚBLICO. ALIENAÇÃO QUE PODE SER FEITA SOB QUALQUER UMA DAS SEGUINTESS MODALIDADES: (I) LEILÃO POR LANCES ORAIS, (II) PROPOSTAS FECHADAS; E, (III) PREGÃO, DESDE QUE PRECEDIDAS DE EDITAL PÚBLICO E OBSERVADAS AS REGRAS DISPOSTAS NO ARTIGO 142 DA LEI 11.101/2005, APLICÁVEL POR ANALOGIA À INSOLVÊNCIA CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. 1. Conquanto efetivamente não se mostre possível direcionar a venda de bem arrecadado em processo de insolvência para um proponente em particular, sem prévio certame público; impende registrar que **assim como na falência, na insolvência, a venda por hasta pública pode ser feita sob qualquer uma das seguintes modalidades: I- leilão, por lances**

orais; II- propostas fechadas, e, III pregão. 2. Nesse sentido, a dicção do artigo 142 da Lei de Recuperação Judicial e Falências, aplicável por analogia à insolvência regida pelo Código de Processo Civil. Isto, sobretudo, em razão das peculiaridades existentes no processo de insolvência civil, o qual por tratar-se de um processo concursal, em muito se assemelha, neste particular, ao processo de falência. 3. A escolha da modalidade de hasta pública, na espécie, deve ter como premissa qual o tipo de venda, se de bens móveis ou imóveis; o tipo de interessado previsto, além das particularidades concretas do caso. 4. Em qualquer uma das modalidades eleita, a venda se fará pelo maior valor oferecido, o que é princípio geral de qualquer forma de venda por lances. O Juiz examinará a proposta e, com seu poder de direção do feito, poderá inclusive recusar o preço se entender ser este vil e se entender possível ou recomendável nova tentativa de venda. 5. Assim também, independente da modalidade escolhida na alienação, o ato deve ser antecedido da publicação do edital respectivo em jornal de ampla circulação, com 15 dias de antecedência, em se tratando de bens móveis e com 30 dias se de bens imóveis. (TJ-PR 9162454 PR 916245-4 (Acórdão), Relator: Lauri Caetano da Silva, Data de Julgamento: 22/08/2012, 17ª Câmara Cível) (grifo nosso)

A escolha da melhor forma e da modalidade de venda cabe ao juiz, ouvido o administrador judicial e atendendo à orientação do Comitê, e não mais ao administrador judicial como no Decreto Lei 7.661 de 1945.

2.5 O fim da sucessão tributária e da trabalhista

Outra mudança benéfica da nova lei se refere a expressa previsão de seu art. 141, inciso II, o qual preceitua que o adquirente de bens do falido ou do requerente da recuperação judicial (neste último caso, se previsto no Plano aprovado em juízo) não é sucessor quanto às obrigações do devedor, tanto as tributárias quanto as trabalhistas.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

I – todos os credores, observada a ordem de preferência definida no art. 83 desta Lei, subrogam-se no produto da realização do ativo;

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Esta mudança se tornou possível através da Lei Complementar nº 118 de 2005, que alterou o art. 133 do Código Tributário Nacional, impedindo que a pessoa jurídica que alienasse ativos de empresa em processo de falência respondesse pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, *in verbis*:

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

(...)

§ 1º-O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial:(Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – em processo de falência; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

Sobre este assunto, confira-se o seguinte trecho do parecer do Senador Ramez Tebet enviado à Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal quando da discussão do projeto de lei nº 4.376/1993, que resultou na Lei 11.101/05:

“a exclusão da sucessão torna mais interessante a compra da empresa e tende a estimular maiores ofertas pelos interessados na aquisição, o que aumenta a garantia dos trabalhadores, já que o valor pago ficará à disposição do juízo da falência e será utilizado para pagar prioritariamente os créditos trabalhistas. [...] se esta [a empresa] não é vendida, os trabalhadores não recebem seus créditos e ainda perdem seus empregos”.

Desta forma, vê-se que quando da criação da nova lei de falências o legislador pretendeu justamente garantir que a continuidade da atividade empresarial, em claro benefício de todos os credores, pois uma empresa parada não auferir lucro e, assim, não paga os credores.

2.6 Da participação do Ministério Público na nova lei de falências

O veto do Presidente da República ao artigo 4º do projeto lei que resultou na Lei 11.101/2005 afastou a previsão de que o representante do Ministério Público interviria em todos os atos dos processos de recuperação judicial e de falência, regra que reproduzia o Decreto-lei 7.661/1945. O presidente entendeu que essa atribuição sobrecarregaria o Ministério Público e que este só

deveria ser comunicado dos principais atos processuais, tendo a possibilidade de intervir.

É certo que a lei não afastou as disposições contidas nos artigos 82 e 83 do Código de Processo Civil, os quais preveem a possibilidade de o Ministério Público intervir em qualquer processo, no qual entenda haver interesse público, podendo requerer o que entender de direito.

Fica claro, portanto, que o veto presidencial não afastou o Ministério Público do juízo concursal, cuide-se de falência ou recuperação judicial. Evita, apenas, o seu atrelamento absoluto a todo o procedimento, ou seja, a cada mínima fase e a cada desdobramento.

Veja-se a opinião do jurista Fábio Ulhoa Coelho acerca da intervenção ministerial na Lei 11.101/05:

“Muda substancialmente a participação do Ministério Público na falência. Agora, ele não precisa intervir em todos os processos de que seja parte ou interessada a massa falida. Também não participa do pedido de falência. Salvo algumas intervenções específicas (impugnação à venda, rescisão de crédito admitido etc.), o Ministério Público só deve participar do processo de falência quando houver fatos como indício de crime, desobediência à lei ou ameaça de lesão ao interesse público.”^[6]

Conforme se verifica no art. 187, parágrafo 2º da Lei 11.101/2005, o Ministério Público tomará ciência no caso de indícios da prática de crimes falimentares, em qualquer fase processual, *in verbis*:

Art. 187. Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de

qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial.
(...)

§ 2º Em qualquer fase processual, surgindo indícios da prática dos crimes previstos nesta Lei, o juiz da falência ou da recuperação judicial ou da recuperação extrajudicial cientificará o Ministério Público.

O Ministério Público deverá participar obrigatoriamente de qualquer modalidade de alienação, sob pena de nulidade (art. 142, parágrafo 3º); poderá impugnar a relação de credores (art. 8º); pedir a exclusão, outra classificação ou a retificação de qualquer crédito (art. 19); emitir parecer, favorável ou não, sobre as contas apresentadas pelo administrador judicial quando concluída a realização de todo o ativo (art. 154) e pedir a substituição do administrador judicial (art. 30, parágrafo 2º), dentre outras atribuições legais.

É importante ressaltar que o Ministério Público no juízo concursal não atua como parte, mas como interveniente, fiscalizando o cumprimento da lei, tendo como finalidade o interesse público. Justamente por isso, cumpre a parte promover-lhe a intimação sob pena de nulidade do processo, conforme o determinado pelo art. 84 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

2.7 Do administrador judicial

A administração da falência na lei anterior cabia ao síndico e não ao administrador judicial.

Além da alteração do nome do titular da função, outras mudanças importantes merecem ser destacadas: a remuneração extraconcursal (isto é, este crédito deve ser atendido antes do pagamento dos credores do falido), a redução da autonomia do administrador judicial em relação a que era atribuída ao síndico (devendo atuar o administrador judicial sob a fiscalização do juiz e do Comitê de Credores) e a simplificação e racionalização do procedimento de escolha.

“O síndico passa a chamar-se administrador judicial. Alteram-se os critérios de sua remuneração e define-se que ela é extraconcursal (será paga antes dos credores). A autonomia do administrador judicial é menor que a do síndico. A definição da forma pela qual será feita a realização do ativo) que, na lei anterior, cabia ao síndico) passa a ser atribuição do juiz. Cria-se novo órgão na falência (comitê) e amplia-se a função da Assembleia dos Credores.”^[7]

Conforme se verifica abaixo, o art. 60 do revogado Decreto-lei 7.661/45, afirmava que o síndico escolhido seria um comerciante, entre os maiores credores, conduzindo à escolha de pessoa sem conhecimento suficiente para um procedimento técnico-jurídico, *in verbis*:

Art. 60. O síndico será escolhido entre os maiores credores do falido, residentes ou domiciliados no foro da falência, de reconhecida idoneidade moral e financeira.

A lei 11.101/2005 não mais prefere à um comerciante, mas opta por profissional tecnicamente idôneo para o desempenho da função, sendo pessoa da confiança do juiz.

De acordo com o ensinamento de Gladston Mamede, o administrador judicial da Lei 11.101/05 deve obedecer a três requisitos para que seja escolhido:

Na definição das qualidades do administrador judicial, três elementos chamam a atenção e merecem exame: (1) idoneidade para o desempenho da função; (2) a preferência por advogado, economista, administrador de empresas ou contador; e (3) a possibilidade de escolha de pessoa jurídica para administrar a falência ou recuperação judicial da empresa.^[8]

Em conclusão, a efetivação dos atos da falência e da recuperação judicial pressupõe a prática de atos trabalhosos que, por seu volume e complexidade, não devem ser praticados por qualquer indivíduo.

3 PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS DA NOVA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Substituindo o Decreto-Lei 7.661/45, que tinha área de incidência mais restrita, a atual legislação ampliou a aplicação da falência, estendendo-a também ao empresário, seja individual ou de forma societária.

O diploma legal em comento contempla um horizonte jurídico muito mais amplo que uma simples renegociação de dívidas feitas pelo devedor da falência ou da recuperação judicial – como previa a antiga lei de Falências e Concordatas.

Os objetivos da Lei 11.101/05 estão centralizados na figura da empresa e não do empresário. A empresa é a fonte geradora de empregos, de recolhimento de tributos e é a ativadora da economia.

Em diversos julgamentos, como o do Resp 920.140, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem fixando entendimento de que a Corte Especial repele o pedido de falência como substitutivo de ação de cobrança de quantia ínfima, devendo-se prestigiar a continuidade das atividades comerciais, uma vez não caracterizada situação de insolvência, diante do princípio da preservação da

empresa.

Com efeito, a efetiva liquidação somente atinge as empresas absolutamente inviáveis, que não possuem condições mínimas de se reestruturar através da recuperação judicial ou extrajudicial.

Mesmo assim, vale acrescentar que a visão de falência da empresa, contida na Lei 11.101/2005, não implica propriamente na extinção definitiva desta. Não são abandonadas as tentativas de otimizar a realização dos seus ativos, se possível, com a venda parcial ou total para outros empresários que estejam interessados na possível viabilização da empresa, na continuidade da atividade empresarial.

Outro aspecto positivo que merece ser comentado se refere ao fato que a Lei de Falência e de Recuperação de Empresas proporcionou um tratamento especial às micros e pequenas empresas, concedendo-lhes automática prorrogação de seus débitos quirografários, pelo prazo de até 36 (trinta e seis) meses, com carência de 180 (cento e oitenta) dias, incidindo sobre elas juros de 12% (doze por cento) ao ano, mais correção monetária.

Esse tratamento diferenciado constitui um dos princípios constitucionais da ordem econômica, que está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, que tem por fim assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social (artigos 170 e 179 da Constituição Federal de 1988).

O maior avanço da nova lei no campo da preservação da empresa está contido no art. 141, inciso II, e se deu através do advento da Lei Complementar nº 118/2005, que prevê a eliminação de todo e qualquer risco de sucessão tributária, previdenciária e trabalhista para o empresário que adquirir o fundo de comércio ou o estabelecimento comercial da empresa falida.

Isso permitiu que a empresa falida ou a empresa em recuperação judicial sofresse alienação, ainda que parcial, de seus

ativos de forma saudável, ou seja, sem débitos tributários e trabalhistas, mantendo-se a parte “podre” com a massa falida.

4 PRINCIPAIS PONTOS NEGATIVOS NA NOVA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Em decorrência da tentativa desta de baixar os custos do spread bancário, bem como a atração de novos investimentos no parque industrial do país, nesta legislação ocorreu um exacerbado protecionismo as instituições financeiras, em prejuízo aos demais sujeitos envolvidos no processo falimentar e ou de recuperação da empresarial.

Outro mecanismo de proteção às instituições financeiras foi à ascensão da última para a segunda colocação, na relação de beneficiários, da classificação dos créditos. Com isso, prejudicaram-se ainda mais os credores quirografários, pois não há garantia alguma que existirá ativos após serem sanados os débitos reais, extraconcursais e trabalhistas.

Também pode-se criticar o fato de ser inútil qualquer apresentação, em juízo, de um plano de recuperação da empresa ou sociedade empresária, se a mesma não tiver quitado as dívidas fiscais anteriormente, conforme preceitua o art. 57 da Lei 11/101 de 2005. Obviamente o devedor que apresenta um plano de recuperação judicial não teve condições de adimplir a maioria de suas obrigações, principalmente as tributárias, em virtude da carga que lhe é imposta pelo Governo Brasileiro.

Este impedimento decorre da inexistência de Lei Complementar que regule o parcelamento de dívidas tributárias. Assim, torna-se mais difícil para o pequeno empresário e a sociedade empresária cumprir os requisitos para adequar-se ao plano judicial. Isto decorrerá em prejuízo para os créditos trabalhistas e os de outros credores, que porventura ter-se-iam condições de serem adimplidas.

Outro malefício verificado na nova lei foi à limitação dos créditos trabalhistas.

Todavia, a previsão de limites de valor para classificação do crédito trabalhista como preferencial foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934-2 (DF), proposta pelo Partido Democrático Trabalhista.

De acordo com o Relator Ministro Ricardo Lewandowski:

“Não há aqui qualquer perda de direitos por parte dos trabalhadores, porquanto, independentemente da categoria em que tais créditos estejam classificados, eles não deixam de existir, nem se tornam inexigíveis. Quer dizer, os créditos trabalhistas não desaparecem pelo simples fato de serem convertidos em quirografários, mas apenas perdem o seu caráter preferencial, não ocorrendo, pois, nesse aspecto, nenhuma afronta ao texto constitucional.”

Apesar da declarada constitucionalidade da limitação aos créditos trabalhistas, ao estabelecer que o crédito trabalhista é privilegiado até o limite de 150 salários mínimos o legislador deveria dar o mesmo tratamento aos credores da outra classe que goza da regalia de receber antes do Estado e dos demais credores. Entretanto, os créditos bancários não sofreram qualquer restrição.

Outra crítica a se fazer à nova lei é que, na Recuperação Judicial, a sucessão da empresa também será válida para os seus trabalhadores. Apesar dessa manutenção ocorrer com o intuito de manutenção das relações de trabalho, evitando-se o aumento do desemprego, os trabalhadores acabam tendo seus direitos prejudicados pela sucessão empresarial. Há lesão aos créditos trabalhistas e previdenciários, previstos na Constituição Federal e

na Consolida o das Leis do Trabalho, tais como aviso prévio, FGTS, seguro-desemprego.

Outra malefício que deve ser apontado   a possibilidade de redu o salarial, bem como redu o da jornada de trabalho e outros direitos, tais como periculosidade, insalubridade, dentre outras vantagens já incorporadas ao s lrio do trabalhador, em prol da manuten o dos postos de trabalho. Essas altera es serão decorrentes de convenço coletiva, que tem superioridade ao contrato de trabalho. Contudo   evidente que o trabalhador necessitado, que tem este labor como única fonte de sustento de sua família, não irá adentrar em uma situa o de desemprego, na tentativa de manter seus direitos adquiridos.

5 DIREITO INTERTEMPORAL

De acordo com o art. 192 da Lei 11.101/2005, os processos de falência e concordata em curso na data da entrada em vigor da nova lei prosseguem de acordo com a anterior, isto  , obedecendo ainda aos ditames do Decreto-Lei n  7.661/1945, *in verbis*:

Art. 192. Esta Lei não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início de sua vigência, que serão concluídos nos termos do [Decreto-Lei n 7.661, de 21 de junho de 1945](#).

  1 Fica vedada a concessão de concordata suspensiva nos processos de falência em curso, podendo ser promovida a aliena o dos bens da massa falida assim que concluída sua arrecada o, independentemente da forma o do quadro-geral de credores e da conclusão do inquérito judicial.

  2 A existência de pedido de concordata anterior   vigência desta Lei não obsta o pedido de recupera o judicial pelo devedor que não

houver descumprido obrigação no âmbito da concordata, vedado, contudo, o pedido baseado no plano especial de recuperação judicial para microempresas e empresas de pequeno porte a que se refere a Seção V do Capítulo III desta Lei.

§ 3º-No caso do § 2ºdeste artigo, se deferido o processamento da recuperação judicial, o processo de concordata será extinto e os créditos submetidos à concordata serão inscritos por seu valor original na recuperação judicial, deduzidas as parcelas pagas pelo concordatário.

§ 4º-Esta Lei aplica-se às falências decretadas em sua vigência resultantes de convocação de concordatas ou de pedidos de falência anteriores, às quais se aplica, até a decretação, o [Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945](#), observado, na decisão que decretar a falência, o disposto no art. 99 desta Lei.

De acordo com o STJ, quando o pedido de falência foi feito sob a vigência do Decreto Lei 7.661/45, mas a decretação da quebra ocorreu apenas sob a vigência da Lei 11.101, deverão ser aplicadas as disposições da lei anterior aos atos praticados antes da sentença.

Esse entendimento foi aplicado no julgamento do recurso interposto pela massa falida da Desenvolvimento Engenharia Ltda. Contra o Condomínio do Edifício Torre Charles de Gaulle (Resp 1.063.081).

No julgamento em questão, a ministra Nancy Andrichi destacou:

“Cumpre consignar, por fim, apenas a título de reforço de argumentação, que, mesmo que não houvesse regra expressa de direito intertemporal na Lei 11.101, as suas regras de natureza processual devem ter aplicação imediata aos processos em curso. Aplicação

imediatamente esta que não se confunde com retroatividade da norma. Em outras palavras, aqui também vale a máxima *tempus regit actum*, ou seja, se a alienação judicial dos bens, na hipótese, ocorrer antes da entrada em vigor da lei nova e da decretação da quebra da recorrente, aplicam-se os dispositivos da lei que estava em vigor à época (Decreto-Lei 7.661), para definir a destinação do valor apurado”.

Dessa forma, para aplicação do direito intertemporal devem ser feitas três ressalvas. A primeira se refere à concordata suspensiva, que não poderá mais ser impetrada para as ações que estão regidas pela nova lei, as quais poderão ser requeridas recuperação judicial. A segunda ressalva toca a possibilidade de se promover, nos processos falimentares em curso na data da entrada em vigor da nova lei, desde logo à venda dos bens da massa falida, independentemente da conclusão da fase instrutória. A terceira e última ressalva consiste que a falência instaurada a partir da entrada em vigor da nova lei a ela se submete, ainda que o pedido de falência tenha sido apresentado antes disso. Uma vez decretada a falência após a entrada em vigor da nova lei, o concurso de credores é disciplinado completamente pela lei 11.101/2005.

6 CONCLUSÃO

Por fim, entendemos que a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas trouxe um grande avanço ao mercado nacional, na medida em que determina uma nova realidade, na qual se tem o objetivo de preservar a fonte de emprego e renda – a empresa, afastando empresários que não tenham uma conduta condizente com o que se espera no contexto das relações comerciais.

Em pesquisa realizada para o estudo "Avaliação da Nova Lei de Falências - Lei 11.101/05", promovido pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), foram entrevistados dezenas de magistrados, advogados,

administradores judiciais, promotores de justiça, professores e serventuários da justiça, e verificou-se a percepção desses agentes acerca de vários importantes temas relacionados a? Lei 11.101/05.

Os testes estatísticos indicaram os seguintes resultados: as modificações no processo falimentar com o advento da nova lei o tornaram mais célere; as modificações no procedimento de arrecadação de ativos são positivas; as modificações no procedimento de liquidação dos ativos do falido são altamente positivas; o limite mínimo de 40 (quarenta) salários mínimos para justificar o pedido de falência é adequado; o tratamento específico adotado na nova legislação falimentar para as micro, pequenas e médias empresas é positivo; a utilização da recuperação extrajudicial tem sido positiva; o percentual esperado de satisfação dos credores no procedimento de recuperação judicial de empresas é entre 60% e 80%; a remuneração do administrador na falência e na recuperação de empresas é adequada; a nova legislação tem possibilitado a preservação dos postos de trabalho de empresas em crise entre 40% e 60%.^[9]

Em geral, a percepção é a de que a lei trouxe um efeito positivo, em especial no que diz respeito a créditos trabalhistas, a celeridade do processo, a satisfação de credores no processo de recuperação e a preservação de postos de trabalho em períodos de crise.

Ao buscar por dados mais objetivos, encontra-se que dos 124 requerimentos de falências realizados em janeiro de 2012, 70 foram feitos por micro e pequenas empresas, 31 por médias e 23 por grandes. Segundo os economistas da Serasa Experian, a situação das empresas brasileiras está melhorando gradualmente.^[10]

Os juros mais baixos, a queda da inflação, a perda de fôlego da inadimplência de empresas e consumidores e os estímulos ao consumo já determinam uma atividade econômica em crescimento. Assim, as empresas vendem mais, geram caixa e conseguem pagar suas dívidas.

Isto fica mais evidente quando se analisa os parâmetros

decrecentes das falências requeridas e decretadas. Por outro lado, a evolução das recuperações judiciais requeridas mostra que ainda há negócios com dificuldades, que são principalmente segmentos ou setores não ligados ao consumo, o que acontece com empresas de todos os portes.

6 REFERÊNCIAS:

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, 4ª Edição. São Paulo: Atlas S.A., 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 5ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2005.

http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm Acesso em 29 de outubro de 2013.

Coordenadoria de Editoria e Imprensa. STJ e a Lei de Falências: como o tribunal vem decidindo questões de empresas em estado de crise econômico-financeira. Disponível em: http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=104235 Acesso em 29 de outubro de 2013.

ARAÚJO, Aloísio Pessoa. Avaliação da Nova Lei de Falências - Lei 11.101/05. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B68E6736C-4DF7-498B-ABC3-DBCFE29195F6%7D&ServiceInstUID=%7B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%7D> Acesso em 29 de outubro de 2013.

NOTAS:

[1] http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm Acesso em 29 de outubro de 2013.

[2] MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, 5º edição. São Paulo: Atlas S.A., página 212.

[3] MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, 5º edição. São Paulo: Atlas S.A., 2012, página 212.

[4] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, página 42.

[5] COELHO, Fábio Ulhoa. Op. Cit., página 42.

[6] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, página 42.

[7] COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários a Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, página 42.

[8] MAMEDE, Gladston. Falência e Recuperação de Empresas, 5º edição. São Paulo: Atlas S.A., página 50.

[9] ARAÚJO, Aloísio Pessoa. Avaliação da Nova Lei de Falências - Lei 11.101/05. Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Disponível em:

<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B68E6736C-4DF7-498B-ABC3-DBCFE29195F6%7D&ServiceInstUID=%7B0831095E-D6E4-49AB-B405-C0708AAE5DB1%7D> Acesso em 29 de outubro de 2013.

[10] http://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm Acesso em 29 de outubro de 2013..

TRANSAÇÃO PENAL NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

ANA CAROLINA GRACIANO PIVA: Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco.

André de Paula Viana¹

RESUMO: Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, visando atender ao disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988. Referidos Juizados orientam-se por critérios mais simples e menos formais do que a Justiça Comum, razão pela qual julgam matéria de pequena complexidade (aquelas que não exigem uma dilação probatória mais aprofundada, como a realização de perícia, por exemplo) e crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais (no caso dos Juizados Especiais Criminais). Visando dar maior celeridade ao andamento processual, foram criados diversos institutos despenalizadores, como a composição civil, a transação penal (que será tratada neste trabalho) e a suspensão condicional do processo, mitigando, assim, os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública. A transação penal é o instituto mais controvertido dos três acima elencados, havendo muitas críticas no sentido de que o mesmo seria inconstitucional por ferir princípios importantes, como o do contraditório, ampla defesa e o devido processo legal. Além do mais, existe controvérsias sobre quem pode propor a transação penal, e quais as consequências de seu descumprimento. Portanto, o presente artigo terá como objetivo discorrer, mesmo que não de forma profunda, sobre a transação penal e, ao fim, concluir se a mesmo é inconstitucional ou não.

Palavras-chave: Transação Penal. Juizado Especial Criminal. Constituição Federal.

ABSTRACT: The Small Claims Courts and Criminal were created by Law 9099 of 26 September 1995, to meet the provisions of Article 98, I of the Federal Constitution of 1988. Referred to Courts are guided by criteria simpler and less formal than Common justice, why think small matter of complexity (those that do not require further evidential delay, as the realization of expertise, for example) and crimes of minor offensive potential and misdemeanors (in the case of Special criminal Courts). Aiming to give more speed to the procedural progress, many despenalizadores institutes were created, such as civil composition, criminal transaction (which will be treated in this study) and the conditional suspension of the procedure, reducing thus the principles of availability and mandatory prosecutable. The plea bargain is the most controversial institute of the three listed above, there is a lot of criticism in the sense that it would be unconstitutional for violating important principles, such as the contradictory legal defense and due process. Moreover, there is controversy over who can propose the criminal transaction, and the consequences of noncompliance. Therefore, this article will aim to discuss, even if not in a profound way, on the criminal transaction and at the end, conclude whether it is unconstitutional or not.

Keywords: Criminal Transaction. Special Criminal Court. Federal Constitution.

SUMÁRIO: 1 INTRODROUÇÃO. 2 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. 3 DA TRANSAÇÃO PENAL. 3.1 Conceito. 3.2 Natureza jurídica. 3.3 Legitimidade ativa. 3.4 Aceitação da transação e homologação do acordo. 3.5 Efeitos do cumprimento ou descumprimento da transação. 4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL. 4.1 Princípio do devido processo legal e a transação penal. 4.2 Princípio do contraditório e a transação penal. 4.3 Princípio da presunção de inocência e a transação penal. 5 CONCLUSÃO. 6 BIBLIOGRAFIA.

1 INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais foram criados pela Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, visando atender ao disposto no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988.

Referidos órgãos orientam-se por critérios mais simples e menos formais do que a Justiça Comum, razão pela qual julgam matéria de pequena complexidade (aquelas que não exigem uma dilação probatória mais aprofundada, como a realização de perícia, por exemplo) e crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais (no caso dos Juizados Especiais Criminais).

Visando dar maior celeridade ao andamento processual, foram criados diversos institutos despenalizadores, como a composição civil, a transação penal (que será tratada neste trabalho) e a suspensão condicional do processo, mitigando, assim, os princípios da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública.

A transação penal é o instituto mais controvertido dos três acima elencados, havendo muitas críticas no sentido de que o mesmo seria inconstitucional, por ferir princípios importantes, como o do contraditório e da ampla defesa.

Portanto, o presente trabalho terá como objetivo discorrer sobre a transação penal, para, ao fim, concluir se a mesma é inconstitucional ou não.

2 COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

As infrações penais de menor potencial ofensivo são definidas no artigo 61 da Lei 9.099/95, com a nova redação dada pela Lei 11.313/2006:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior de 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Fernando Capez (CAPEZ, 2012, p. 598). discorre sobre a competência dos Juizados Especiais Criminais, oferecendo os seguintes esclarecimentos:

Com relação aos crimes, a competência dos juizados será fixada de acordo com dois critérios: natureza da infração penal (menor potencial ofensivo) e inexistência de circunstância especial que desloque a causa para o juízo comum, como, por exemplo, o foro por prerrogativa de função, a impossibilidade de citação pessoal do atuado e a complexidade da causa (CAPEZ, 2012, p. 598).

Da leitura da transcrição acima, infere-se que, nos casos em que a citação pessoal não for possível (o autor do fato encontra-se em local incerto e não sabido, por exemplo), quando houver foro por prerrogativa de função (caso de um juiz, por exemplo, cometer uma infração de menor potencial ofensivo) ou se a causa for complexa (demandar exame pericial, por exemplo), haverá o deslocamento de competência para a justiça competente. Tourinho Neto (p. 462, 2007) disserta que:

Pode, o Juízo Comum processar e julgar informações definidas como de menor potencial ofensivo em quatro hipóteses: a) nas localidades onde não existirem Juizados Especiais; b) quando o autor do fato não for encontrado para ser citado (Lei 9.099/95, art. 66, parágrafo único); c) quando a causa for complexa ou; d) apresentar circunstâncias especiais, não permitindo o imediato oferecimento da denúncia ou da queixa (Lei 9.099/95, art. 77, § 3º) (NETO, 2007, p. 462).

Os crimes militares também não serão apreciados pelos Juizados Especiais Criminais, por força de seu artigo 90-A, que

prevê que “as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”.

Aos crimes eleitorais que sejam considerados de menor potencial ofensivo devem ser aplicados os institutos previstos na Lei 9.099/95. Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a competência para o julgamento dos mesmos é da Justiça Eleitoral.

A Lei 11.313/2006 deu nova redação ao artigo 61 da Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Não resta controvérsia quanto à aplicabilidade das disposições previstas na Lei 9.099/95 aos crimes com ritos especiais, conforme bem explicado por Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2008, p. 592).:

Primeiro, porque a nova redação do art. 61, da Lei 9.099/95, estabelece que se consideram infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. Quer dizer: não há mais qualquer ressalva em relação às infrações penais com procedimento especial. Assim, não se trata mais de discutir se haveria derrogação ou não de uma Lei por outra: agora, simplesmente não há mais qualquer previsão legal para a antiga ressalva! A competência dos Juizados Especiais Criminais, então, deve ser fixada pelo grau da pena cominada no tipo, ressaltadas unicamente as previsões legais em

sentido contrário, de modo expresso, caso, por exemplo, da Lei 11.340/2006, que cuida da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, cujo art. 41 prevê a impossibilidade de aplicação da Lei 9.099/95 aos delitos ali mencionados [...]. Obviamente que nem a gravidade dos crimes conexos e/ou continentes que determinarem a atração do foro (arts. 78 e seguintes, CPP) poderá impedir a aplicação dos institutos da Lei 9.099/95 aos crimes de menor potencial ofensivo ali reunidos, e, de outro lado, nem se exigirá a referida aplicação (da Lei 9.099/95 e 10.259/2001) para os delitos mais graves. Nem uma coisa, nem outra: transação e composição civil para as infrações de menor potencial ofensivo e o procedimento correspondente a cada uma para os delitos de maior gravidade (OLIVEIRA, 2008, p. 592).

Assim sendo, serão sempre cabíveis as disposições previstas na Lei 9.099/95 quando a infração for de menor potencial ofensivo, salvo se houver negativa de lei especial neste sentido. Exemplo é o artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõe:

Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.

§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, **exceto se o agente estiver** (destaque nosso):

I - sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;

II - participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;

III - transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).

Por tanto, conforme artigo do Código de trânsito brasileiro citado, serão de competência do juizado especial criminal, disposto na lei 9.099/95, em regra, quaisquer crimes de menor potencial ofensivo, excetuando os que forem expressamente retirados da regra, como no artigo 291 do Código de Trânsito Brasileiro.

3 DA TRANSAÇÃO PENAL

3.1 Conceito

A transação penal, instituto despenalizador criado pela Lei 9.099/95 tem previsão legal no artigo 76 de referida lei, que conta com a seguinte redação:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Em termos doutrinários, a transação penal é definida da seguinte maneira por Edilson Mongenot Bonfim (BONFIM, 2009, p. 567) :

A transa o penal nada mais   do que a proposta de aplica o imediata de pena restritiva de direitos ou multa feita pelo Ministério Público ao autor do fato. Somente poderá ocorrer se não for caso de arquivamento, desde que tenha havido representa o ou quando se tratar de a o penal pública incondicionada (BONFIM, 2009, p. 567).

Por sua vez, Fernando Capez (CAPEZ, 2012 p. 574) oferece o seguinte conceito:

...acordo penal entre Ministério Público e autor do fato, pelo qual   proposta a este uma pena não privativa de liberdade, ficando este dispensado dos riscos de uma pena de reclusão ou deten o, que poderia ser imposta em futura sentença, e, o que   mais importante, do vexame de ter de se submeter a um processo criminal (CAPEZ, 2012 p. 574).

Trata-se, conforme já visto, de medida despenalizadora, na qual o autor do fato, caso concorde, terá a pena privativa de liberdade substituída por pena restritiva de direitos ou multa, evitando, assim, passar por todo o desgaste que um processo penal causa, não sendo computada nem mesmo para fins de reincidência.

3.2 Natureza jurídica

A natureza penal da transa o penal constitui forma de despenaliza o do autor do fato, conforme já dito, sendo um direito subjetivo do mesmo, não podendo o Ministério Público escolher em quais casos a oferecer  ou não. Neste sentido, os ensinamentos de Eug nio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2008, p. 597):

A transa o penal  , pois, segundo nos parece, direito subjetivo do réu. A discricionariedade que se reserva ao Ministério

Público é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação: restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei nº 9.099/95 (OLIVEIRA, 2008, p. 597).

A transação penal pode ser proposta, basicamente, em duas situações: antes do oferecimento da denúncia (em se tratando de Juizados Especiais Criminais, na audiência preliminar), ou na audiência de instrução em julgamento, em caso de não oferecimento anterior, ou rejeição por parte do autor do fato, ocasião em que a proposta de transação será renovada.

3.3 Legitimidade ativa

O caput do artigo 76 é claro no sentido de que o Ministério Público poderá propor transação penal. A questão que surge é: pode o particular propor transação penal? E caso o promotor não a ofereça, preenchendo o autor do fato os requisitos, pode fazê-la o juiz? Sobre o tema, discorre Fernando da Costa Tourinho Filho (FILHO, 2010, p. 718-719):

A proposta é feita pelo Promotor, em se cuidando de contravenção ou de crime de ação pública incondicionada ou condicionada (dês que feita a representação). Se se tratar de crime de alçada privada, parte da doutrina entende não ser possível a proposta, por ser privativa do Ministério Público. Não vemos nenhum óbice de ordem legal. Tratando-se, como se trata, de instituto benéfico ao réu, não se justifica a exclusão dos crimes de alçada privada. Poderá fazê-la o Juiz? Haveria jurisdição sem demanda? Pensamos que se o Promotor não formular a proposta por motivos disparatados, poderá fazê-la o Juiz, e, havendo aceitação, será a pena imposta, dando-se recurso de apelação ao interessado. E se se tratasse de crime de ação

privada e o querelante não a formulasse? Impossível a aplicação da regra do art. 28 do CPP. Em face disso, não vemos razão séria e intransponível a impedir a iniciativa do Juiz quando o titular do *jus perseguendi*, por motivo desarrazoado, ou sem justificativa fundamentada, não quiser formular a proposta. Observe-se, por outro lado, que na hipótese de o Promotor formular a proposta e o autor do fato aceitá-la, nem por isso o Juiz será obrigado a acolhê-la... (FILHO, 2010, p. 718-719).

E continua referido doutrinador:

Na verdade, satisfeitas as exigências legais, o autor do fato tem direito público subjetivo em relação ao benefício que lhe acarreta a transação e, por isso mesmo, não poderá ele ficar a mercê da boa ou má vontade do Ministério Público. Não se duvida seja o MP ou o titular da ação penal e que a iniciativa da transação parta dele. E se ele, injustificadamente, não formular a proposta? Com a adoção do instituto da transação, pretendeu o legislador agilizar a Justiça, dar-lhe andamento célere nas infrações de pouca monta e, ao mesmo tempo, apresentar pronta resposta do Estado à criminalidade anã. Ademais, se o “processo” no Juizado Especial é orientado, dentre outros princípios, pelo da informalidade, parece-nos que não se deve levar a ferro e fogo a questão da titularidade da ação penal... O Juiz não pode requisitar instauração de inquérito, produzir provas, decretar prisão preventiva de ofício, conceder *habeas corpus*? Se tudo isso é possível, por que cargas-d’água, num processo orientado pela informalidade, não pode o Juiz corrigir a intransigência do

Promotor? Por que deveria o Juiz aplicar o art. 28 do CPP, que, em rigor, não guarda relação com a hipótese? E se tratar de crime de ação privada? Como deveria o juiz proceder ante a recusa injustificada do querelante? **O entendimento majoritário, contudo, é no sentido de que, não sendo feita a proposta pelo Ministério Público, deve ser aplicada a regra do art. 28 do CPP**(FILHO, 2010, p. 718-719 – negrito nosso).

Conforme reconhecido pelo doutrinador acima, no caso de o Ministério Público não formular a proposta, deve o juiz remeter os autos ao Procurador-Geral, para que este formule a proposta, designe outro promotor para formulá-la, ou reitere a negativa. A proposta feita pelo magistrado, conforme entendimento majoritário da jurisprudência, é causa de nulidade processual, de acordo com o seguinte julgado:

DIREITO PROCESSUAL PENAL.
TRANSAÇÃO PENAL. LEGITIMIDADE EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROPOSTA FEITA EX OFFICIO PELO MAGISTRADO. NULIDADE PROCESSUAL. 1. Segundo o art. 76 da Lei n. 9.099/95, cabe ao Ministério Público, como titular da ação penal, oferecer proposta de transação penal, nos casos de crime de menor potencial ofensivo. O magistrado, por não ser parte, não pode propor transação penal nem ex ofício nem por provocação das partes. 2. Ainda que sobre o pretexto de promover o princípio da celeridade processual e da efetividade, ao formular a proposta de transação penal, o magistrado age de forma absoluta, assumindo as funções institucionais do Ministério Público. 3. Nulidade reconhecida (TJ/PE, MS 4977520088170360,

Rel. Des. Antônio Fernando de Araújo Martins, j. 22/03/2011).

Também entendendo pela aplicação do artigo 28 do Código de Processo Penal, a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2008, p. 597):

Não entendendo o órgão do *parquet* ser o caso de transação, por ausência dos requisitos, por exemplo, a solução será a remessa dos autos ao órgão superior com competência de revisão, como é o caso do Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP), no âmbito da Justiça Estadual, e da Câmara de Coordenação e Revisão (art. 62, Lei Complementar nº 75/93), na Justiça Federal (OLIVEIRA, 2008, p. 597).

No mesmo sentido, Edilson Mougnot Bonfim (BONFIM, 2009, p. 568):

Cabe ao Ministério Público, com exclusividade, a faculdade de transacionar. Não poderá o juiz arvorar-se em *dominus litis*, para propor a aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, usurpando função alheia. Tampouco poderão o acusado ou seu defensor propor a transação. Tem-se entendido que, se o juiz discordar da postura do representante do Ministério Público, poderá agir de acordo com o disposto no art. 28 do CPP, remetendo os autos ao Procurador-Geral (BONFIM, 2009, p. 568).

Em sentido contrário, há doutrinadores que entendem que o magistrado poderia fazer a proposta, pois não haveria ação penal ainda, e, portanto, seria inexistente a atuação de ofício. Nesse sentido, Karina Marqueze Trindade (TRINDADE, 2006, p. 32) expõe que:

[...] não se trata de movimentação *ex officio*, pois, no caso da transação, ainda não há ação penal [...]. O promotor de justiça, diante do preenchimento das condições legais, está impedido de exercer o direito de ação. Até mesmo o autor do fato, como titular desse direito subjetivo, pode exigí-lo perante o magistrado. Com isso, nada impediria que o juiz lhe fizesse a proposta de uma aplicação de pena restritiva de direitos ou multa, com ou sem a sua provocação (TRINDADE, 2006, p. 32).

Embora respeitável, o entendimento acima exposto, conforme já dito, é minoritário na prática. Saliente-se, além do mais, que pode haver a invocação, a fim de aplicar analogicamente, a Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal, que trata da recusa de oferecimento de suspensão condicional do processo, à transação penal, uma vez que ambos os casos tratam da recusa de um direito subjetivo do autor do fato.

No caso de ação penal privada, parte da doutrina entende pelo não cabimento da transação penal, enquanto outra parte entende não haver óbice. Este último entendimento é o perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme acórdãos transcritos abaixo:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. LEI Nº 9.099/95. AÇÃO PENAL PRIVADA. A Lei nº 9.099/95, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação penal e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (Precedentes). Habeas corpus concedido (STJ, HC 13337/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, j. 15/05/2001).

RHC. CRIME CONTRA O REGISTRO DE MARCAS E DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. LEI N  9.279/96. LEI N  9.099/95. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. I. A Lei n  9.099/95 aplica-se aos crimes sujeitos a procedimentos especiais, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permitindo a transa o e a suspensão condicional do processo inclusive nas a oes penais de iniciativa exclusivamente privada. II. Recurso provido para anular o feito desde o recebimento da queixa-crime, a fim de que seja observado o procedimento da Lei n  9.099/95 (STJ, RHC 8480/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 21/10/1999).

Como se v , diante do entendimento do Superior Tribunal de Justiça,   possível o oferecimento da transa o penal e até da suspensão condicional do processo na a o penal de iniciativa privada, desde que seja preenchidos todos os requisitos, como se a o pública fosse, sendo que para que não fosse possível, haveria a necessidade de uma normal regulamentando negativamente a incidência de tal benefício ao indiciado, processado.

3.4 Aceita o da transa o e homologa o do acordo

Formulada a proposta de transa o penal, o autor do fato pode aceitá-la, rejeitá-la, ou até mesmo formular contraproposta.

E no caso de as partes chegarem a um acordo quanto   transa o penal. e o juiz se recusar a homologá-la? Qual   o recurso cabível? Confirma-se o entendimento de Eug nio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2008, p. 605-606):

Na hipótese de indeferimento da transa o, por entender o juiz que falta algum dos requisitos para a sua aplica o, ou mesmo que o fato não constitui crime, pensamos que o recurso cabível deveria ser o recurso em sentido estrito (art. 581,

I, CPP, por analogia), por tratar-se de decisão que não julga nem resolve o mérito, além de não encerrar a competência do Juizado Criminal, exceção feita, por óbvio, àquela referente ao reconhecimento da atipicidade do fato narrado no Termo de Ocorrência. Nesse caso, como se percebe, o Juizado não estará rejeitando a denúncia ou queixa, mas a proposta de transação penal. Reconhecemos que a aludida decisão é terminativa, no que se refere ao processo conciliatório. Não obstante, e seguindo o nosso ponto de vista sobre a natureza dos atos processuais judiciais, trata-se de decisão interlocutória, para a qual, segundo nossa classificação, não é cabível o recurso de apelação. Possível seria, por analogia, a aplicação do art. 581, I, do CPP, que cuida da decisão que rejeita a denúncia ou queixa, isto é, a iniciativa da ação penal (OLIVEIRA, 2008, p. 605-606).

E se o autor do fato aceitar a transação, e o advogado recusar, ou vice-versa, qual solução deve ser adotada?

Tal fato é controverso. Parte da doutrina entende que, para haver a transação penal, todas as partes devem estar de acordo, sendo que a recusa por parte do defensor acarretará a não-homologação do acordo, conforme doutrina Fernando Capez (CAPEZ, 2012, p. 614-615):

Em seguida, o defensor e o autor poderão aceitá-la ou não. Há necessidade de aceitação dos dois para a garantia do princípio da ampla defesa [...]. Há, contudo, posicionamento no sentido de que se deve aqui aplicar a mesma orientação que a jurisprudência predominante firmou na hipótese de oferecimento do recurso

de apelação pelo advogado quando o réu manifesta o seu desejo de não-recorrer. No caso, tem-se entendido que prevalece a vontade do defensor, uma vez que o réu, sendo leigo, não tem condições de avaliar da necessidade do apelo, devendo sempre prevalecer a vontade do profissional habilitado (CAPEZ, 2012, p. 614-615).

Por outro lado, o entendimento majoritário é no sentido de que deverá prevalecer a vontade do autor do fato, conforme doutrina Edilson Mougnot Bonfim:

Embora a lei seja omissa a respeito, no caso de discordância entre a vontade do autor do fato e a de seu defensor, prevalecerá o desejo do autor da infração, pois cabe a ele dispor livremente de seus direitos (BONFIM, 2009, p. 567).

O mesmo doutrinador explica de maneira objetiva a proposta de transação penal (BONFIM, 2009, p. 569):

A proposta do Ministério Público deverá especificar a sanção penal a ser imposta ao autor da infração, individualizando a espécie e a duração da pena restritiva de direitos ou, no caso de multa, o seu valor. Aceita a proposta pelo autor da infração e por seu defensor, será submetida à apreciação do juiz. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, caberá ao juiz a aplicação da pena restritiva de direitos ou multa. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade (BONFIM, 2009, p. 569).

A aceitação do acordo não gera antecedentes criminais, não importando em reincidência, sendo registrada somente para impedir a concessão do mesmo benefício no prazo de 05 anos. Além do mais, a mesma não gera efeitos civis, cabendo ao interessado propor ação no juízo cível.

3.5 Efeitos do cumprimento ou descumprimento da transação

Uma vez cumprida a transação penal, deverá ser declarada extinta a punibilidade, conforme entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXTINÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO SEU INTEGRAL CUMPRIMENTO. PERDA DO OBJETO. Julgada extinta a pena imposta via transação penal, em razão de seu integral cumprimento, perde o objeto o *writ* que visava o trancamento da ação penal. Habeas corpus prejudicado (STJ, HC 33688/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 28/04/2004).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONDUÇÃO DE MOTOCICLETA SEM HABILITAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PERIGO DE DANO. TRANSAÇÃO PENAL. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. ORDEM PREJUDICADA. Extinta por sentença transitada em julgado, pelo cumprimento da obrigação, a punibilidade do agente que, surpreendido sem habilitação ao conduzir uma motocicleta, mesmo sem causar qualquer perigo, aceita proposta de

transação penal, impõe-se reconhecer que se mostra prejudicada a ordem de habeas corpus impetrada para trancar a respectiva ação penal (STJ, HC 16980, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 18/09/2001).

No caso de descumprimento da transação penal, existem três entendimentos adotados.

O primeiro deles entende que deve haver a substituição da pena restritiva de direitos pela pena privativa de liberdade. Tal entendimento é minoritário e muito criticado, tendo em vista que representaria uma verdadeira ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

CRIMINAL. CONDENAÇÃO À PENA RESTRITIVA DE DIREITO COMO RESULTADO DA TRANSAÇÃO PREVISTA NO ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. CONVERSÃO EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. DESCABIMENTO. A conversão da pena restritiva de direito (art. 43 do Código Penal) em privativa de liberdade, sem o devido processo legal e sem defesa, caracteriza situação não permitida em nosso ordenamento constitucional, que assegura a qualquer cidadão a defesa em juízo, ou de não ser privado da vida, liberdade ou propriedade, sem a garantia da tramitação de um processo, segundo a forma estabelecida em lei. Recurso não conhecido (STF, RE 268319, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 13/06/2000).

O segundo entendimento preconiza que a sentença homologatória faria coisa julgada material, não restando alternativa senão a execução dos termos da transação. Tal entendimento é

amplamente difundido no Superior Tribunal de Justiça, conforme as ementas abaixo colacionadas:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DE PENA DE MULTA. INADIMPLEMENTO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. DESCABIMENTO. 1. É segura a jurisprudência dos Tribunais Superiores na afirmação do incabimento de propositura de ação penal, na hipótese de descumprimento da transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95). 2. Ressalva de entendimento contrário do Relator. 3. Recurso especial não conhecido (STJ, REsp 226.570, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 02/09/2003).

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 76 DA LEI Nº 9.099/95. NÃO PAGAMENTO DA MULTA RESULTANTE DA TRANSAÇÃO PENAL. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. Se o réu não paga a multa aplicada em virtude da transação penal, esta deve ser cobrada em execução penal, nos moldes do art. 51 do Código Penal, não sendo admissível o oferecimento de denúncia (Precedentes). Recurso desprovido (STJ, REsp 612.411/PR, Rel. Min. Félix Fischer, j. 23/06/2004).

Finalmente, o terceiro entendimento é exposto por Edilson Mougnot Bonfim (BOMFIM, 2009, p. 569):

...o descumprimento da transação implica o prosseguimento do procedimento, dando-se oportunidade ao Ministério Público para vir a

requerer providências necessárias ou a propositura da ação penal; nesse caso, a sentença tem eficácia de coisa julgada formal, tendo em vista que não há discussão sobre o mérito de ação penal (até porque nem há ação penal instaurada) (BOMFIM, 2009, p. 569).

De acordo com o último entendimento exposto, a sentença homologatória poderia ser alterada em caso de descumprimento, possibilitando o início da persecução penal. Tal entendimento é o predominante atualmente em nosso ordenamento jurídico.

Feitas essas considerações sobre a transação penal, passa-se a discorrer sobre a transação penal sob a ótica constitucional, principalmente diante dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TRANSAÇÃO PENAL

O artigo 5º da Constituição Federal elenca garantias e direitos fundamentais a todos os brasileiros.

Em se tratando de transação penal, as principais críticas são que a mesma violaria os incisos LIV, LV e LVII do artigo 5º, que contam com a seguinte redação:

Art. 5

º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...].

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Tais incisos tratam, respectivamente, dos princípios do devido processo legal, do princípio do contraditório e do princípio da presunção de inocência.

Cada um dos princípios será discorrido individualmente, em tópico próprio, sendo feita a análise da transação penal sob a ótica de referidos princípios.

4.1 Princípio do devido processo legal e a transação penal

O princípio do devido processo legal é assim definido por Nestor Távora e Rosmar Antonni (BOMFIM, 2009, p. 569):

O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isto, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 52).

Paulo Rangel, por sua vez, assim conceitua o princípio do devido processo legal:

O princípio significa dizer que se devem respeitar todas as formalidades previstas em lei

para que haja cerceamento de liberdade (seja ela qual for) ou para que alguém seja privado de seus bens (RANGEL, 2008, p. 3).

Finalmente, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto conceituam o princípio em comento da seguinte forma:

...este princípio protege o cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, proibindo a este exercer o seu direito de punir senão por meio de um processo judicial legítimo, concedendo ao acusado o direito de oferecer resistência, produzir provas e influenciar no convencimento do Julgador. Não se concebe, assim, a existência de uma pena sem o respectivo processo. É o que se denomina *due process of law*. Com isso, antigas fórmulas de composição do litígio (a *vingança privada* ou a *autodefesa*, por exemplo), não mais são admitidas (CUNHA; PINTO, 2009, p. 20).

No tocante à violação do princípio do devido processo legal na transação penal, Pierre Souto Maior Coutinho de Amorim (AMORIM, 2007) dispõe que:

Outros problemas de constitucionalidade ainda poderiam ser apontados, na forma de transação penal apresentada pela lei n. 9.099/95, como, por exemplo, a existência de pena sem processo, pois a transação penal é homologada antes do oferecimento da denúncia. Podemos, no entanto englobar também esse problema na nítida violação ao devido processo legal, ampliando este conceito (AMORIM, 2007).

A conversão da pena resultante da transação penal, em virtude do não-cumprimento da mesma, é ilegal, dando ensejo a

habeas corpus, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PACIENTE ACUSADO DOS CRIMES DOS ARTS. 129 E 147 DO CÓDIGO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE CONSISTIRIA NA CONVERSÃO, EM PRISÃO, DA PENA DE DOAR CERTA QUANTIDADE DE ALIMENTO À “CASA DA CRIANÇA”, RESULTANTE DE TRANSAÇÃO, QUE NÃO FOI CUMPRIDA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Conversão que, se mantida, valeria pela possibilidade de privar-se da liberdade de locomoção quem não foi condenado, em processo regular, sob as garantias do contraditório e da ampla defesa, como exigido nos incs. LIV, LV e LVII do art. 5º da Constituição Federal. Habeas corpus deferido (STF, HC 80164/MS, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 26/09/2000).

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. JUIZADO ESPECIAL. TRANSAÇÃO PENAL DESCUMPRIDA. CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE. ILEGALIDADE. Lei 9.099/95, art. 76. I. A conversão da pena restritiva de direitos, objeto de transação penal, em pena privativa de liberdade, ofende os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. HC deferido (STF, HC 84775/RO, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 21/06/2005).

Portanto, resta evidente que a transa o penal colide frontalmente com o princípio do devido processo legal, uma vez que o autor do fato cumpre uma pena sem ao menos saber se   culpado, já que sequer   oferecida denúncia.

4.2 Princípio do contraditório e a transa o penal

Eug nio Pacelli de Oliveira penal(OLIVEIRA, 2008, p. 3), ao discorrer sobre o princípio do contraditório, doutrina que:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo o processo e, particularmente, do processo penal. E assim   porque, como cláusula de garantia instituída para a prote o do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realiza o de um processo *justo e equívoco*, único caminho para a imposi o de san o de natureza penal (OLIVEIRA, 2008, p. 32).

Fernando Capez (CAPEZ, 2012, p. 64)oferece conceito parecido, conforme se expõe:

A bilateralidade da a o gera a bilateralidade do processo, de modo que as partes, em rela o ao juiz, não são antag nicas, mas colaboradoras necessárias. O juiz coloca-se, na atividade que lhe incumbe o Estado-Juiz, equidistante das partes, só podendo dizer que o direito preexistente foi devidamente aplicado no caso concreto se, ouvida uma parte, for dado   outra manifestar-se em seguida. Por isso, o princípio   identificado na doutrina pelo bin mio *ciência e participa o*(CAPEZ, 2012, p. 64).

A transação penal acaba por violar o princípio do contraditório, pois, quando o membro do Ministério Público a oferece, o autor do fato não tem escolha: ou ele opta pela pena “sugerida”, diminuindo seus direitos, ou ele assume o risco de enfrentar o processo, sem que tenha feito qualquer prova a seu favor.

Além do mais, como a transação penal se dá antes do oferecimento da denúncia, não há como o autor do fato sequer saber se a mesma seria recebida ou rejeitada, de tal forma que é impossível para o acusado saber se a transação penal realmente seria um benefício.

Inobstante, ao definir que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal, infere-se que, para que o Estado possa punir o cidadão, deverá existir uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Ora, na transação penal sequer há processo, de tal forma que a imposição de pena, ainda que barganhada, se configura totalmente inconstitucional.

4.3 Princípio da presunção de inocência e a transação penal

No nosso ordenamento penal, a inocência se presume, cabendo ao acusador demonstrar a culpa do réu. Caso não fique cabalmente demonstrada a culpa do acusado, a ação penal deverá ser julgada improcedente.

A transação penal viola o princípio em comento, a partir do momento em que o autor do fato recebe uma pena, ainda que restritiva de direitos ou multa, sem exercer o seu direito de defesa, e, o que é pior, sem existir um processo em andamento ou uma sentença penal condenatória transitada em julgado, conforme demonstra Rogério Sanches (SANCHES, 2009, p. 21):

...também denominado princípio da *não-culpabilidade* ou da *não-culpa*, informa tal princípio que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou, conforme a Convenção

Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), “*toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”. Deste princípio, decorrem três conclusões: 1) qualquer restrição à liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, isto é, quando nenhum recurso é mais possível; 2) cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar sua inocência; 3) a condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*) (SANCHES, 2009, p. 21).

Uma solução conciliatória que poderia ser apontada é a transação penal ao final da instrução e julgamento, ocasião em que, após as alegações finais, o autor do fato poderia analisar a situação à fundo e, após ter certeza de qual seria a melhor escolha, poderia optar ou rejeitar a transação penal. Neste caso, não haveria violação aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da presunção de inocência.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo abordou a Lei 9.099/95, mais especificadamente a transação penal, fazendo contornos sobre os mesmos. A transação penal, embora com inovação elogiável sob a ótica da economia e celeridade processual, precisa de vários ajustes, a fim de não ser reputada inconstitucional.

Não se justifica, sob o enfoque do princípio da economia e celeridade processual, que direitos e garantias fundamentais sejam violadas (no caso, os princípios do contraditório e da ampla defesa, da economia processual e da presunção de inocência) ainda mais

que os mesmos dizem respeito ao direito de liberdade, que é, sem dúvida, um dos mais importantes direitos garantidos à pessoa.

O atual sistema da transação penal viola garantias fundamentais, aproveitando-se do medo do autor do fato, induzindo-o a aceitar a transação penal com medo de sofrer as consequências de um processo penal. Além do mais, todo o procedimento da transação é dotado de incertezas, pois é possível que a denúncia seja rejeitada ou que seja o autor do fato absolvido ao final do processo, não podendo o acusado ter esta certeza, pois, muitas vezes com medo, o mesmo acaba por aceitar a pena imposta, a fim de evitar desgastes emocionais e uma condenação que, no fim das contas, pode sequer existir.

Portanto, a solução apontada como mais conveniente seria a oportunidade de realizar a transação penal após a produção de todas as provas, ocasião em que o autor do fato teria ciência sobre sua verdadeira situação, podendo, neste caso, optar pela transação penal. Ou ainda, após conjunto probatório mínimo que é feito na denúncia, propondo a transação penal após este ato, mesmo porque, há uma hipótese em que se dá a transação após a denúncia, que é no caso de declassificação de crime para um menor, permitindo então, que o juiz peça ao membro do Ministério Público que ofereça o recurso da transação penal.

Por melhor que fosse a intenção do legislador, no momento em que criou a transação penal, a mesma não pode contrariar princípios constitucionais, nem quebrar o procedimento padrão, principalmente cercear a liberdade de alguém sem que este possua meios de se defender, muito menos com a imutabilidade de uma sentença penal transitada em julgado.

6 BIBLIOGRAFIA

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de Direito Processual Penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivim, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais: comentários à Lei 9.099/95**. 5. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007

TRINDADE, Karina Marqueze. **Transação Penal nos Juizados Especiais Criminais**. 2006. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2006.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

MARIANA PAULA PENARIOL: Estagiária no escritório Penariol Advocacia e Consultoria Jurídica. Estudante do Curso de Direito na Universidade Camilo Castelo Branco - Unicastelo Campus Fernandópolis/SP

RESUMO: No Brasil, desde a época do Império, nunca existiu a tese de irresponsabilidade estatal nos atos que causassem prejuízos a terceiros. Isto, como qualquer outra responsabilidade, desde que devidamente comprovada a conduta do agente público, o dano sofrido pela vítima e o nexo causal entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo lesado. Mas, como a responsabilidade civil do Estado não é absoluta, se admite a aplicação das excludentes do nexo de causalidade para que se afaste a responsabilidade estatal perante o dano causado. Embora no Brasil, a regra sobre a responsabilidade civil daquele que agiu mediante culpa ou dolo, a responsabilidade civil do Estado é uma responsabilidade objetiva, que tem por base a teoria do risco administrativo. O que muito se discutia, entretanto, era quando a responsabilidade do Estado por erros do Poder Judiciário. Muitos doutrinadores alegavam incabível tal responsabilidade em face da soberania dos magistrados, o fato de que, antigamente, a Constituição Federal do Brasil previa que o Estado seria responsável pelos danos causados a terceiros pelos seus funcionários públicos, nesta qualidade, dentre outros argumentos que apoiavam a irresponsabilidade do Estado perante os atos do Poder Judiciário. Entretanto, hoje não só é certa a responsabilidade estatal por erros judiciários, como também é direito assegurado constitucionalmente.

Palavras-chave: Responsabilidade. Agente público. Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do risco administrativo.

ABSTRACT: In Brazil, since the days of the Empire, it never was the thesis of state irresponsibility in acts causing damage to third parties. This, like any other liability, if properly proven the conduct of the public official, damage suffered by the victim and the causal link between the conduct of the agent and the damage sustained by the individual. But as the civil responsibility of the state is not absolute, it admits the application of the exclusionary causation for deviating state liability to the damage. While in Brazil, the rule on civil liability that he acted by negligence or willful misconduct, the civil liability of the State is a strict liability that is based on the theory of administrative risk. What much was discussed, however, was when the responsibility of the State for the Judiciary errors. Many scholars claimed incabível such responsibility to the sovereignty of the judiciary, the fact that, previously, the Federal Constitution of Brazil stated that the State would be liable for damages caused to third parties by its public officials, in this capacity, among other arguments supporting the irresponsibility of the State before the acts of the Judiciary. However, today is not only right to state liability for judicial errors, it is also constitutionally guaranteed right.

Keywords: responsibility. public officer. State. strict liability. Theory of administrative risk.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos do Império, a legislação brasileira sempre previu a reparação dos danos causados a terceiros pelo Estado, por ação ou omissão de seus agentes públicos, antes chamados de funcionários públicos pela Constituição Federal, entretanto, com a utilização deste termo, deixou de abranger muitas classes de pessoas servidoras do Estado.

É claro que não é toda ação ou omissão dos agentes públicos que possam ser objetos de reparação civil pelo Estado, mas sim apenas aqueles atos juridicamente relevantes.

Além disso, há que se considerar que o fato de que os atos do Estado, seus poderes e suas funções sejam realizados por pessoas físicas, é perfeitamente plausível se admitir que todos esses atos estejam sujeitos a falhas. O que não significa absoluta liberdade para que esses agentes públicos cometam erros, já que os abusos de direito, a má prestação, a não prestação ou a prestação tardia do serviço público são causas para a responsabilidade civil do Estado.

Embora a regra geral da responsabilidade civil seja a responsabilidade subjetiva prevista no Código Civil, ou seja, aquela responsabilidade onde se depende da análise da culpa ou dolo do agente causador do dano, na responsabilidade civil do Estado não se discute os critérios subjetivos dos autos, mas somente se faz necessária a presença do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pela vítima, que caracteriza a chamada responsabilidade civil objetiva, pela teoria do risco administrativo, sendo assegurado ao Estado, entretanto, o direito de regresso em face do servidor quando restar caracterizada a subjetividade em sua atuação.

Dentre as falhas do Estado que asseguram a reparação civil ao terceiro prejudicado está o erro judiciário, reconhecido expressamente como direito constitucional a todos os cidadãos brasileiros.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL

Para Maria Helena Diniz, uma boa definição abrangente sobre o tema responsabilidade civil seria:

Poder-se-á definir a responsabilidade civil como a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de

simples imposição legal. Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia de culpa quando se cogita da existência de ilícito, e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa. (2007, p. 34).

Vale ressaltar outra citação da referida autora:

Caberá à vítima, que sofreu uma lesão em seu patrimônio ou em sua pessoa, o direito de pleitear, judicialmente, a indenização, desde que prove o liame de causalidade, o prejuízo, a culpabilidade do lesante, se, objetivamente, não se tratar de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva. (*Op. Cit.*,p.201).

Como diria Carlos Roberto Gonçalves (2010), aquele que pratica um ato, ou incorre numa omissão que acarrete danos a terceiros, deve suportar as consequências do seu procedimento.

E, ainda, ele ensina que: “Responsabilidade Civil é, assim, um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário” (2010, p. 24).

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso X, prevê a inviolabilidade dos direitos da personalidade, estando sujeitos a indenização os lesados por dano material ou moral.

1.1) Pressupostos da Responsabilidade Civil

1.1.1) Ação ou Omissão

O requisito inicial para que seja caracterizado o dever de indenizar pela responsabilidade civil é que fique caracterizada a existência de uma ação ou omissão, que podem sem apresentar através de um ato lícito ou ilícito.

Em outras palavras, o elemento primário de todo ilícito é uma conduta humana e voluntária no mundo exterior. Não haverá

responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica.

A omissão é um “não fazer” que seja relevante para o Direito, desde que atinja a um bem jurídico tutelado. Ou seja, ela é uma conduta negativa, que surge por alguém não ter realizado determinada ação quando deveria fazê-lo.

Geralmente, a regra de que a obrigação de indenizar pela prática de ato ilícito está acompanhada pela culpa, o que vem consagrado do artigo 186 do Código Civil.

A esse respeito, Francisco Amaral ensina que:

O Código Civil estabelece no art. 186 a noção e a estrutura do ato ilícito, dispondo que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (...) Esses dispositivos (refere-se aos arts. 186 e 187) exprimem ou encerram verdadeiras cláusulas gerais, no sentido de que, em virtude de sua ampla generalidade e abstração, podem disciplinar um número muito amplo de casos, em contraposição à casuística típica das *fattis pecies* determinadas, o que leva ao problema da identificação dos atos ilícitos. (2006 *apud* STOCO, 2007, p. 131).

Caso a ação de caracterize em um ato ilícito e seja realizada de modo a contrariar um dever geral previsto no ordenamento jurídico, esta ação estará integrada na seara da responsabilidade civil extracontratual, prevista especificamente nos artigos 186 e 927 do Código Civil, vejamos:

“Art 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar

direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

E, ainda:

“Art. 935. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Entretanto, caso a ação se caracteriza em um descumprimento de uma obrigação assumida, restará configurada a responsabilidade civil contratual, prevista no artigo 389 do Código Civil.

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Além dessas hipóteses, o dever de reparar pode proceder de acordo com a lei, o que desvincula o ressarcimento do dano da ideia de culpa, deslocando a responsabilidade fundada na culpa para a responsabilidade fundada no risco, conforme prevê os artigos 927, parágrafo único, e 931 do Código Civil.

De modo geral, não há responsabilidade sem culpa, exceto quando houver expressa disposição legal, o que caracterizará a presença de responsabilidade objetiva.

Outro requisito importante, ainda na esfera da conduta do agente, é que para que a conduta possa ser considerada a origem do dano causado e gere a responsabilidade baseada na culpa se faz necessário que o agente do dano tenha capacidade de discernimento, ou gerará a responsabilidade civil objetiva.

Sobre a responsabilidade objetiva, Ruy Rosado de Aguiar Junior diz que: “A orientação subjetivista prevaleceu entre nós por quase um século. Só mais recentemente, sob o influxo de novas realidades admitiu-se, para situação especiais e bem

definidas, a hipótese de responsabilização sem culpa” (2005 *apud* STOCO, 2007, p. 132).

Importante ressaltar que a conduta do agente, ação ou omissão, deverá sempre ser voluntária para que gere a responsabilidade civil de indenizar.

A ação ou omissão, em sentido geral, compreendem o dolo e a culpa em sentido estrito.

São imputáveis a uma pessoa os atos por ela praticados, desde que de forma livre e consciente. Por isto, se faz essencial a existência de capacidade de entendimento e autodeterminação do agente.

Nesse sentido, Rui Stoco diz que:

Deve haver um comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão), que, desrespeitando a ordem jurídica, cause prejuízo a outrem, pela ofensa a bem ou a direito deste. Esse comportamento (comissivo ou omissivo) deve ser imputável a consciência do agente, por dolo (intenção) ou por culpa (negligência, imprudência ou imperícia), contrariando, seja um dever geral do ordenamento jurídico (delito civil), seja uma obrigação em concreto (inexecução da obrigação ou de contrato). Esse comportamento gera, para o autor, a responsabilidade civil, que traz, como consequência, a imputação de resultado a sua consciência, traduzindo-se, na prática, pela reparação do dano ocasionado, conseguida, normalmente, pela sujeição do patrimônio do agente, salvo quando possível a execução específica. (2007, p. 127).

Assim, por exemplo, se o agente do dano é menor a época da conduta lesiva, o ato ilícito por ele praticado acarretará a responsabilidade objetiva da pessoa a quem incumbe sua

vigilância, expressamente prevista dos artigos 932, incisos I e II, e artigo 933, ambos do Código Civil.

Neste caso, entretanto, embora se caracterize responsabilidade objetiva, onde não se discute a culpa ou dolo de quem lesou, a pessoa que respondeu pelos danos causados pelo menor, por ser sua obriga o a vigilância dele, haverá o direito de reaver os valores pelo que pagou. Exceto, entretanto, se o menor, a quem lhe incumbia a vigilância, for seu descendente.

Já na hipótese do representante legal não possuir o dever de reparar o dano, nem mesmo possua recursos financeiros para fazê-lo, o incapaz responderá excepcionalmente de forma equitativa e subsidiária pelo prejuízo que causou, desde que esta repara o não o prive do mínimo necessário para prover sua subsistência.

1.1.2) Relaq o de Causalidade

A responsabilidade civil não poderá exigir sem que fique demonstrado o vínculo entre a conduta realizada, que   vista como o fato gerador da responsabilidade, e o dano gerado.

Assim, restando demonstrada a existência de nexos causal entre o fato gerador e o dano sofrido, está caracterizado o dever de indenizar.

Portanto, para que não reste caracterizado o dever de indenizar   imprescindível que sejam produzidas provas de que está presente alguma das excludentes de ilicitude, que afastam a caracteriza o do nexo entre o dano e a conduta do agente.

Necessário se faz o nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta do lesante porque se o dano advier de negligência da própria vitima, por exemplo, não estará caracterizado o dever de ressarcir.

1.1.3) Dano

Não pode haver responsabilidade civil sem a preexistência de um dano causado por uma conduta omissiva ou comissiva do agente ou de terceiro por quem o imputável é responsável ou, ainda, causado por um fato de animal ou coisa que a ele esteja vinculada.

Embora os direitos da personalidade sejam, em si, personalíssimos e intransmissíveis, a pretensão ou direito de exigir a sua reparação pecuniária, em caso de ofensa, transmite-se aos sucessores.

O dano deve ser certo e deve ofender a um bem ou interesse jurídico protegido, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão.

A exigibilidade do ressarcimento do dano cabe a todos aqueles que efetivamente experimentam o prejuízo, isto abrange os lesados diretos ou indiretos.

A reparação do dano patrimonial ou moral poderá ser reclamada pela vítima, bem como seus herdeiros (art. 943, 1ª parte), seu cônjuge, os membros de sua família (art. 12, parágrafo único, Código Civil), seus dependentes econômicos e, em algumas hipóteses, seu companheiro, desde que a vítima não seja casada e suas relações não sejam incestuosas.

Vale lembrar que já é expressamente previsto na súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça que os danos morais e patrimoniais podem ser cumuláveis (*il cumulo di damni material e morali*).

De forma mais sucinta, pode-se definir também o dano patrimonial como sendo a diferença entre o valor atual do patrimônio da vítima e aquele que ela teria no mesmo momento se a lesão não tivesse ocorrido.

A reparação de dano material ou patrimonial deverá se proceder de forma a buscar uma reparação natural do prejuízo, que

poderá consistir na entrega da própria coisa ou entrega de objeto da mesma espécie, ou, ainda poderá haver a reparação de dano material através de uma indenização pecuniária, que deve tentar aproximar ao máximo o valor real do prejuízo.

O dano patrimonial abrange tanto o dano emergente, que é aquele que o lesado efetivamente perdeu, como o lucro cessante, que é caracterizado pelo aumento no patrimônio que o lesado teria e deixou de ganhar em razão do evento danoso.

No dano emergente se faz imprescindível que haja uma concreta diminuição na fortuna da vítima. Já no dano por lucro cessante, se faz necessária a privação de um lucro pelo lesado que ele deixou de auferir em razão do prejuízo que lhe foi causado.

A reparação do dano patrimonial poderá se dar de duas formas: reparação específica, também conhecida por *in natura*, ou através de reparação por equivalente ou indenização.

A primeira forma prevista de reparação é aquela que consiste em fazer com que as coisas lesadas voltem ao estado que teriam se não houvesse ocorrido o evento danoso.

Já a reparação equivalente ou indenização é aquela de caráter patrimonial, onde o pagamento do dano patrimonial se dá pelo equivalente em dinheiro. Aqui, conclui-se que há a compensação da perda patrimonial sofrida em razão do dano, de modo que a restabelecer o equilíbrio patrimonial, necessitando que haja a efetiva avaliação dos prejuízos.

O dano moral vem a ser lesão de interesses não patrimoniais sofridos por pessoa física ou jurídica (art. 52, Código Civil; súm. 227, Superior Tribunal de Justiça) provocada pela conduta lesiva.

A regra é de que as pessoas jurídicas não teriam direito à reparação do dano moral subjetiva que fere interesses espirituais, justamente por não possuírem capacidade afetiva ou receptiva

sensorial, como diz Maria Helena Diniz, mas poderiam sofrer dano moral objetivo.

A respeito da indenizabilidade das pessoas jurídicas por dano moral, Carlos Roberto Gonçalves prescreve que:

A pessoa jurídica, como proclama a Súmula 227 do STJ, pode sofrer dano moral e, portanto, está legitimada a pleitear a sua reparação. Malgrado não tenha direito à reparação do dano moral subjetivo, por não possuir capacidade afetiva, poderá sofrer dano moral objetivo, por ter atributos sujeitos à valoração extrapatrimonial da sociedade, como o conceito e bom nome, o crédito, a probidade comercial, a boa reputação etc. (2010, p. 386).

De modo geral, pode-se dizer que o dano moral é a dor, a angustia, o desgosto, a aflição espiritual, bem como a humilhação sofrida pela vítima, incluindo todo o complexo moral sofrido pela vítima do evento danoso.

Os lesados indiretamente pelo dano moral, bem como a vítima direta, poderão reclamar reparação pecuniária. Entretanto, importante lembrar que essa reparação não lhes paga a dor que sentem ou sentiram, apenas serve para atenuar as consequências da lesão por eles sofrida.

O dano moral, que dá origem a responsabilidade contratual, obriga o contratante moroso e inadimplente a reparar as perdas e danos do credor, conforme determinam os artigos 389 e 395 do Código Civil, além de ser obrigado a reparar o que o credor efetivamente deixou de perder e o que ele deixou de lucrar.

Entretanto, o dano moral, que dá origem a responsabilidade extracontratual, é de difícil fixação, já que não há contrato com cláusulas prevendo valor de indenização, bem como não há lei que estabeleça valores.

Assim, o juiz fixará, por equidade, considerando as circunstâncias específicas de cada caso, o quantum indenizatório para dano moral, já que a lei é omissa ao estabelecimento do justo montante indenizatório.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (REsp 135.202-0-SP).

Outra característica do dano moral é exatamente dispensar prova em contrário, pois é *in re ipsa*, tratando-se de presunção, sendo que prova em contrário cabe ao defensor. Nesse sentido:

Responsabilidade civil. Dano moral. Comprovação pelo ofendido. Desnecessidade. Existência do ato ilícito apto a ocasionar sofrimento íntimo. Suficiência. Prova negativa a cargo do defensor. Verba devida. Recurso provido. (JTJ, Lex 216/191).

Portanto, é de se verificar que o caráter patrimonial ou moral dos danos não advém da natureza do direito subjetivo danificado, mas dos próprios efeitos da lesão jurídica.

É de se verificar então que não se faz necessário que o dano tenha resultado apenas de forma imediata do fato que o produziu, de forma que basta que haja condições de se verificar que o dano não ocorreria se aquele fato não tivesse ocorrido.

A prática de um ato ilícito que infrinja preceito normativo de tutela de interesse privado, que venha a produzir dano a bem jurídico tutelado, lesando direitos pessoais ou reais, dá origem ao ressarcimento do prejuízo.

Sempre que restar caracterizado o prejuízo causado pela conduta do agente, os bens do responsável pelo ato ilícito ficarão sujeitos à reparação em favor do lesado. Neste caso, se o dano houver mais de um ator, todos responderão solidariamente pela reparação através de seus bens, cabendo ao lesado a faculdade de acionar um dos causadores do dano individualmente ou, ainda, poderá acionar todos ao mesmo tempo.

O dever de ressarcir estabelecido por lei ocorre sempre que se positivar a autoria de um fato lesivo sem que haja a necessidade de se indagar se contrariou ou não norma predeterminada, nem mesmo há a necessidade de se verificar se houve ou não erro de conduta. Com a simples apuração do dano, o ofensor ou seu responsável devera indenizá-lo. A vítima deverá provar apenas o nexu causal, não se admitindo qualquer escusa subjetiva do imputado.

Será obrigado a reparar o dano aquele a quem a lei onerou com tal responsabilidade, salvo se restar provada alguma causa de escusa. São os artigos 186 e 927 do Código Civil que indicam a qualidade de sujeito passivo do dano.

A obrigação de prestar a reparação transmite-se com a herança, de forma que o lesado poderá demandar o espólio até onde existir o saldo positivo deixado pelo *de cuius* nos seus sucessores, que não responderam com seu patrimônio pessoal pela reparação dos danos, ou seja, a responsabilidade civil pela reparação dos danos é *intra vires hereditatis*, pois os herdeiros não respondem com encargos superiores à herança.

Em regra, a responsabilidade será individual. Mas, é possível a existência de responsabilidade indireta, bem como é

possível a responsabilidade de duas ou mais pessoas, pois estas podem ter concorrido para a produção do dano a terceiro.

Caso haja coautoria, todos os coautores ou cúmplices, além das pessoas designadas do artigo 932 do Código Civil, responderão solidariamente, conforme determina o artigo 942, parágrafo único, Código Civil.

Vale lembrar que, embora as pessoas elencadas no artigo 932 do Código Civil não tenham agido com culpa para figurarem no pólo passivo de uma ação de indenização por dano patrimonial ou moral, elas responderam objetivamente para responderem pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Entretanto, os artigos 930 e 934 do Código Civil expressamente preveem o direito de regresso.

“Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz”.

A pretensão indenizatória do lesado somente surgirá no momento da consumação do fato lesivo, entretanto, seu direito de crédito apenas se concretizará com a decisão judicial.

1.2) Ação de Reparação

Preenchidos todos os requisitos da responsabilidade civil, há a possibilidade do lesado ingressar em juízo com a ação de reparação.

Caso ele não ingresse em juízo, não pode o juiz propor a ação de ofício pelo princípio da inercia, entretanto, se admite que a ação de reparação seja proposta, além da vítima, por seus herdeiros, seu cônjuge, membros de sua família, seus dependentes econômicos, bem como tem se reconhecido a possibilidade do companheiro figurar no pólo ativo da ação, desde que comprovada a existência da união estável e a vítima não seja casada ou suas relações não sejam incestuosas.

A ação de reparação, assim como as demais ações, deve preencher os pressupostos da ação, que são: legitimidade das partes; possibilidade jurídica do pedido; interesse processual.

O principal objetivo desta ação é exatamente a ressarcibilidade do dano sofrido pelo lesado para que seja restaurado o equilíbrio.

Quanto a ação de ressarcimento ou de reparação, Carlos Alberto Bittar ensina que:

Constitui, portanto, a ação de ressarcimento fórmula jurídica de compensação ao lesado, transferindo ao agente o ônus correspondente à satisfação do dano por ele causado. Assim, enquanto para o autor representa reparação (ou sucedâneo) pelo prejuízo suportado, para o réu reveste-se de caráter ressarcitivo e sancionatório. (1990, p. 51).

No pólo passivo da presente ação, devera figurar o responsável pelo dano ou quem por ele for responsável, sendo que, quando houver mais de um autor do dano, todos deverão responder solidariamente pela reparação. Além disso, como já era dito, a reparação civil de um dano admite que a obrigação seja transferida por sucessão.

A ação de ressarcimento será ação de conhecimento revestida de caráter reparatório.

Em regra, o foro competente para processar e julgar a presente ação é o foro do lugar do ato ou do fato.

A ação de reparação admite a cumulação com outras ações, desde que verificada a compatibilidade entre os pedidos, bem como o mesmo juiz deverá ser competente para julgar as ações cumuladas e o procedimento devera ser adequado para todos os pedidos.

Assim, proposta a ação, cabe ao autor demonstrar os fatos alegados na inicial e caberá ao réu demonstrar a presença de qualquer das excludentes.

Procedente a ação, a sentença judicial deverá condenar o causador do dano ao pagamento de indenização, que deverá abranger não só as custas processuais, honorários e juros, contados a partir do momento da consumação do fato lesivo, bem como o condenará a tudo o que o lesado fizer jus.

1.2.1) Liquidação da Indenização

Reconhecido o direito do lesado na ação ordinária de reparação do dano, surgirá a liquidação, que servirá para a concretização da indenização, fixando seu montante e o modo de ressarcimento.

Maria Helena Diniz diz sobre liquidação:

Havendo direito à reparação do dano, surge a liquidação, que é a operação de concretização da indenização, fixando o seu montante e o modo de ressarcimento. A *estimatio damni* tem por escopo tornar líquida a obrigação de indenizar, estipulando quanto o lesante deverá pagar ao lesado. (2007, p. 210/211).

A função jurídica da liquidação será justamente tornar efetiva a reparação do prejuízo sofrido pela vítima.

De forma reduzida, Carlos Roberto Gonçalves diz que a fixação do *quantum* fica ao prudente arbítrio do magistrado, podendo ele fixar a indenização que julgar adequada ao caso concreto.

Na fase de liquidação, o magistrado deverá averiguar o grau de culpa do lesante, a situação econômica da vítima e do causador do dano, bem como a influência de acontecimentos

exteriores ao fato prejudicial, para que se permita uma fixação da indenização próxima ao dano sofrido.

A respeito da liquidação e critérios para fixação da indenização, a jurisprudência diz que:

“A situação econômica do requerido deve ser levada em conta, porque a condenação por um dano moral não pode gerar outro dano moral no sentido de privar a família do requerido do necessário à sobrevivência condigna” (JTARS 95/260)

E, ainda:

“Cabe ao juiz levar em conta o grau de suportabilidade do encargo atribuído ao ofensor. Porque não adiantaria estabelecer indenização por demais alta sem que o ofensor possa suportá-la, tornando inexecúvel a obrigação” (RJTJRS 163/261)

A liquidação poderá ser legal, quando a própria lei fixar o meio de efetivação do pagamento. Importante ressaltar que aqui a lei não delimita o *quantum* indenizatório, nem como a indenização deverá ser calculada, mas estabelece em que a indenização nos crimes de homicídio, lesão corporal, injúria, difamação, calúnia, ofensa a liberdade pessoal, usurpação, esbulho, estabelecendo apenas os critérios de indenização a serem seguidos.

Ainda, a liquidação poderá ser convencional, aquela que o ressarcimento do dano se perfaz por acordo de vontade das partes. Acordo deste que estipula o seu valor e suas condições.

Assim, na liquidação convencional, permite-se que o lesado receba valor indenizatório inferior ao prejuízo realmente sofrido, desde que ele concorde.

Quando a liquidação for judicial, será mediante o juiz, obedecendo aos critérios do Código de Processo Civil, que o *quantum* da indenização é fixado, bem como seus critérios de livre apreciação do juiz.

Então, pode-se dizer que o pagamento das custas do processo, bem como dos honorários advocatícios, pela parte sucumbente, apenas visa ressarcir o lesado das despesas necessárias à impulsão do processo.

Entretanto, se ambas as partes vierem a sucumbir, repartem-se proporcionalmente as despesas e os honorários.

Importante lembrar que a indenização, a ser concedida em favor do ofendido e paga pelo ofensor, não poderá exceder o valor do dano causado pelo ofensor. Isto porque a reparação civil tinha a função ressarcitiva, não se permitindo o enriquecimento ilícito.

1.3) Garantias de Indenização

O artigo 1489, inciso III, do Código Civil, prevê, em favor do lesado, a garantia da hipoteca legal sobre os bens do lesante, visando exatamente assegurar que haverá bens necessários para que se cubra danos extracontratuais.

A hipoteca se aplica sobre bens imóveis ou outras coisas que a lei entenda ser hipotecável, pertencente ao devedor ou terceiro, entretanto, sem que haja a transmissão da posse ao credor, possuindo ele o direito de promover a venda judicial do bem.

Hipoteca legal é a garantia conferida a credores específicos, que merecem uma proteção especial. No valor do bem garantido pela hipoteca deverá abranger a satisfação do dano causado pelo agente, bem como o pagamento de custas ou despesas processuais.

O direito do lesado à hipoteca surge com o prejuízo e não com a prolação da sentença.

Outro modo previsto de garantia para a reparação civil é o seguro obrigatório, que visa aliviar o lesante dos riscos inerentes ao exercício de certas atividades lícitas e, ainda, assegurar a indenização do lesado.

Neste caso, haverá a transferência para uma seguradora da obrigação de pagar as perdas e danos decorrentes de ato lesivo do segurado, preservando a integridade de seu patrimônio.

Para o cumprimento da obrigação de reparar civilmente o lesado por uma seguradora apenas se faz necessário o pagamento de um prêmio pelo segurado à seguradora.

Maria Helena Diniz ensina que o seguro de responsabilidade civil será aquele pelo qual se transfere, mediante o pagamento de prêmio previamente estipulado, ao segurador as consequências sofridas pelo lesado, das quais o segurado deveria responder civilmente.

No contrato de seguro, coloca-se em segundo plano a discussão da culpa ou de quem seja o responsável, sendo importante primeiro a satisfação econômica do lesado pelo princípio da responsabilidade objetiva. Isto porque o segurador será responsável, mesmo diante da ausência de sua culpa, pela indenização.

Os artigos 787 e 788 do Código Civil preveem a possibilidade da vítima demandar diretamente em face do segurador, embora não seja parte do contrato, pois a vítima do dano gerado pelo segurado será sua beneficiária, sendo necessário apenas que a vítima comprove o prejuízo sofrido.

Entretanto, pelo contrato de seguro, a responsabilidade do segurador será limitada pelo máximo valor fixado no contrato a título de indenização.

Não haverá responsabilidade solidária entre o lesante e o segurador, pois o lesante será responsável em razão do ato lesivo, já o segurador é responsável, em razão de contrato de seguro, até os limites contratuais.

2. RESPONSABILIDADE DO ESTADO

A responsabilidade estatal funda-se no princípio da isonomia, defendendo, assim, que haja igual repartição dos encargos públicos entre os cidadãos, para que não haja um desequilíbrio na distribuição dos ônus públicos.

Por isso, é imprescindível que se restabeleça o equilíbrio, ressarcindo os lesados à custa dos cofres públicos. Portanto, ficará a cargo do Estado a obrigação de indenizar os danos acarretados em virtude do funcionamento do Poder Público.

Em outras palavras, pode-se dizer que o Estado de Direito impõe a responsabilidade estatal pelos danos causados a terceiros.

Assim, as pessoas jurídicas também, como as pessoas físicas, possuem o dever de ressarcir os prejuízos causados a outrem.

O Estado, como pessoa jurídica de direito público, não foge à regra de responsabilização, conforme expressamente previsto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal.

Art. 37, §6º. As pessoas jurídicas de direito publico e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por isso, é permitido concluir que a Constituição Federal adotou a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo.

Para fins de responsabilidade do Estado, ainda inclui-se as pessoas jurídicas de direito publico auxiliares do Estado, as de direito privado que desempenham cometimentos estatais sob concessão ou delegação explícitas ou implícitas.

Não se pode esquecer que, sendo o Estado uma pessoa jurídica, ele não possui vontade, nem ação própria, se manifestando por meio de pessoas físicas que exerçam a condição de seus agentes, desde que revestidos nesta qualidade. Assim, para Maria Helena Diniz a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado, por isso tal relação é orgânica, ou seja, o que o agente público quiser ou fizer entende-se que o Estado quis ou fez.

Para a responsabilização do Estado, não se exige culpa no comportamento do funcionário, bastando que haja dano, causado pelo agente público, nesta qualidade, bem como o nexo de causalidade com a conduta do agente, para que disto decorra o dever de indenizar do Estado.

Negar a indenização do Estado ao terceiro prejudicado seria o Poder Público estar infringindo uma de suas funções primordiais. Nesse sentido:

Negar indenização pelo estado em qualquer de seus atos que causaram danos a terceiros é subtrair o poder público de sua função primordial de tutelar o direito. Com isso, a responsabilidade civil do estado passa para o campo do direito público, com base no princípio da igualdade de todos perante a lei, pois entre todos devem ser distribuídos equitativamente os ônus e encargos. (DINIZ, 2002, p, 241).

Do mesmo modo da responsabilidade civil de pessoas físicas, a responsabilidade estatal poderá ser atenuada se comprovada a culpa parcial e concorrente da vítima, bem como poderá ser excluída a responsabilidade estatal se provada a culpa exclusiva da vítima. Podendo ainda aplicar, no que couber, as excludentes de responsabilidade civil do Estado.

Uma evolução que merece destaque, é que a Constituição Federal de 1988 veio expandir a responsabilização estatal ao

substituir o termo “funcionários” pelo termo “agentes”. Assim, o serviço público passou a abranger a atividade jurisdicional, legislativa, e não só a atividade administrativa do Poder Executivo.

A ação de indenização proposta pela vítima poderá ter como sujeito ativo o próprio agente público ou o Estado, admitindo-se a denúncia da lide quando demonstrada a culpa ou dolo por parte do agente público.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu que:

Segundo a teoria do risco administrativo, a ação de indenização da vítima, em virtude da responsabilidade civil do Estado, há de ser dirigida unicamente contra a pessoa de direito público envolvida. Provada a culpa do servidor no ato lesivo ao particular, cabe apenas a ação regressiva do Estado. Como resume Hely Lopes Meirelles, ‘o legislador constituinte bem separou as responsabilidades: o Estado indeniza a vítima; o funcionário indeniza o Estado’. Entretanto, demonstrada desde logo a responsabilidade subjetiva, isto é, a culpa do servidor, tem o STF admitido que a ação de indenização se exerça diretamente contra o causador do dano. (RTJ 118/1097, Rel. Min. Carlos Madeira).

Do mesmo modo que a ação de indenização em face das pessoas físicas, as ações de indenização por responsabilidade civil em face do Estado também deverão ser propostas no prazo prescricional de cinco anos, conforme o previsto no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.

2.1) Responsabilidade por Atos Judiciais

Vários doutrinadores ainda resistem à ideia de responsabilidade estatal por atos judiciais, sob vários fundamentos.

O primeiro deles seria de que o Poder Judiciário é soberano e, assim, não poderia resultar responsabilidade do Estado.

Outro fundamento seria a independência funcional da magistratura que, em tese, não poderia gerar responsabilidade para o Estado.

Havia também o fundamento, já ultrapassado, de que a norma constitucional se referia especificamente a funcionários públicos serem os causadores de danos, e por isto, não se enquadravam os magistrados e seus atos jurisdicionais.

Isto porque, pela fragilidade dos fundamentos da irresponsabilidade estatal por atos judiciais, bem como pelo princípio da igualdade dos encargos sociais, vem se admitindo a responsabilidade estatal por atos judiciais, de modo que a verificação de culpa por parte dos juízes e auxiliares da justiça não é indispensável para que se caracterize a responsabilidade do Estado, bastando que o serviço se revele falho, deficiente, inoperante, obrigando o Estado a responder perante o mau desempenho da prestação jurisdicional a que está obrigado. Nesse sentido:

Seja voluntário ou involuntário, todo erro que produza consequências danosas – em outras palavras, toda atividade judiciária danosa – deve ser reparado, respondendo o Estado civilmente pelos prejuízos, a ele assegurado o direito de regresso contra o agente público responsável pela prática do ato. (RT 652/29).

Assim, embora alguns defendam a irresponsabilidade estatal por atos judiciais pela soberania do Poder Judiciário, isso não exime o Estado de ressarcir danos causados por ato jurisdicional, pois não haveria autonomia entre soberania e responsabilidade.

Também é frágil o argumento da independência do juiz. Ele continua sendo independente e livre para julgar o processo de acordo com seu livre convencimento, pois a responsabilidade do

Estado por seus atos não restringe, nem exclui, a independência funcional do magistrado.

Conforme já dito, o fundamento de que a Constituição Federal previa apenas a responsabilidade do Estado por danos causados por funcionários públicos já é obsoleto porque, atualmente, figura o termo “agente” no art. 37, §6º da Constituição Federal. O termo “agente” compreende todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.

A própria Constituição Federal, especificamente em seu art. 5º, inciso XXXV, assegura a todos que não será excluído da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, portanto, se o Estado assegura o pronunciamento judicial sobre qualquer conflito jurídico, deverá o Estado responder por prejuízos oriundos da má atuação dos magistrados.

No mais, o Estado é responsável civilmente pelos atos lesivos que o Poder Judiciário vier a causar nos casos expressamente previstos em lei.

Além disso, o Código de Processo Penal, art. 630, e a Constituição Federal, art. 5º, LXXV, 1ª alínea, reconhecem a responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, ao conceder indenização ao condenado reabilitado, ou seja, à vítima de erro judiciário, em caso de sentença criminal injusta, prisão preventiva injustificada, prisão sem motivação aparente, não relaxamento de prisão ilegal, prisão por engano oriunda de hominímia.

“Art. 630 – O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos”. (CPP)

Em regra, o ato jurisdicional regular não gera a responsabilidade civil do Estado. Portanto, o simples fato de alguém perder uma demanda e, com isso, sofrer prejuízo, sem que tenha

havido erro, falha ou demora na prestação jurisdicional, não autoriza a responsabilização do Estado pelo ato judicial.

Há também a responsabilidade estatal nos casos em que o magistrado agir mediante má fé, abuso ou desvio de poder, pois constituem ato ilícito e dão origem à responsabilidade do Estado, mas o juiz responderá pelo seu ato, na ação regressiva, se agiu dolosamente.

Entretanto, se o ato jurisdicional que causou dano a outrem for proveniente dos Tribunais, contra este não caberá ação regressiva, exatamente por tratar-se de órgão colegiado e o ato será perfeito se aprovado pelo quórum legalmente admitido.

Assim, os danos causados a terceiros por ato jurisdicional dos Tribunais, apenas o Estado será responsabilizado civilmente, sem direito regressivo, pois os desembargadores ou ministros estão cobertos pelo manto da irresponsabilidade, mesmo se tiverem agido com dolo ou culpa.

2.1.1) Erro Judiciário

O direito da vítima de erro judiciário de se ver ressarcida está assegurado na Constituição Federal, art. 5º, LXXV. Direito este assegurado, inclusive, sem condicioná-la à ação de revisão da sentença condenatória.

Assim, a desconstituição do julgado, através de revisão criminal ou ação rescisória, não é condição para o ajuizamento da ação de indenização em face do Estado.

Entretanto, o fato do Estado ser condenado a indenizar alguém por dano derivado de ato judicial não significa que isto vá implicar na mudança da decisão judicial, exatamente para que não haja ofensa ao princípio da coisa julgada.

Não se pode esquecer, entretanto, que a ideia de erro judiciário não se compatibiliza com a simples absolvi o pela inexistência de provas suficientes para a condena o.

A caracteriza o do erro judiciário inicia-se desde a decreta o da prisão temporária ou preventiva do acusado pela autoridade judiciária ou mesmo pela lavratura de flagrante pela autoridade policial, e às vezes prossegue durante a instru o criminal.

Esse erro persiste, às vezes, com a própria prola o da sentença de 1  Grau, ou por ela   corrigido com decisão favorável ao acusado.

Mas, se isso não acontece nessa instância julgadora, cabe ao Tribunal esse trabalho de reexaminando a matéria retificar o engano porventura ocorrido da imputa o outorgada pelo órgão do Ministério Público.

Se a pessoa foi presa e ao final do processo   absolvida, cabe-lhe repara o pecuniária por dano moral e material.

A indeniza o   igualmente devida se o acusado for absolvido por via de revisão criminal, que tem a finalidade de corrigir erros de fato e de direito ocorridos em processos findos, quando se encontrarem provas da inocência ou de circunstâncias que redunde na improcedência da responsabilidade penal.

  preciso a existência de uma decisão contrária a lei ou   realidade f tica, ou condena o de pessoa errada, aplica o de dispositivo impertinente, indevido exercício da jurisdi o, motivada por dolo, fraude ou má-fé.

Não será o Estado responsabilizado civilmente por erro ou injustiça da condena o de estes procederem de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocult o de prova em seu poder, conforme prevê o art. 630,  2 , "a", Código de Processo Penal.

É importante lembrar que a possibilidade de erros é normal e inevitável na atividade jurisdicional, já que, ao sentenciar ou decidir, o juiz está sujeito a erros de julgamento, de raciocínio, de fato ou de direito. Entretanto, não se pode responsabilizar o Estado pela prática desses erros, pois acabaria por inviabilizar a própria justiça.

É certo que deverá o Estado responder pelas consequências dos danos que a pessoa tenha sofrido em sua prisão, já que o Estado não cumpriu com suas obrigações de forma eficaz.

Prisão indevida não pode ser entendida apenas como aquela que decorre de uma condenação injusta, mas a compreensão de toda e qualquer privação injustificada da liberdade, seja antes ou depois do trânsito em julgado de uma sentença condenatória, como a prisão cautelar, o excesso no tempo de cumprimento da prisão e a não observância do devido regime de cumprimento da pena, por exemplo.

A prisão indevida por erro judicial se traduz na ofensa à liberdade pessoal que empenha responsabilidade do Estado, por força das garantias asseguradas no art. 5º da Constituição Federal e no art. 954, do Código Civil.

Sustenta Canotilho:

Entende-se hoje que o cidadão inocente, após sua reabilitação em processo de revisão, tem verdadeiro direito subjetivo à reparação dos danos. A reparação dos erros judiciais configura-se como responsabilidade por atos lícitos. A inocência, posteriormente demonstrada, virá revelar, sim, um sacrifício individual e grave, absolutamente inexigível sem compensação. A culpa do condenado torna legítimo o exercício do *jus puniendi* e isentará o Estado do dever de qualquer prestação ressarcitória, a sua inocência não perturba a legitimidade do ato jurisdicional, mas torna

obrigatória a atribuição ao lesado ou herdeiros de uma justa indenização. (*apud* ALCÂNTARA, p. 32/33).

É indiscutível o direito do condenado a ser indenizado por período de tempo em que permaneceu preso, cumprindo pena de outro indivíduo, que seja seu homônimo.

Como já dito, não há necessidade de desconstituir julgado cível ou criminal, já que pode a indenização ser postulada como ação autônoma.

Verificando o erro judiciário, a reparação do dano deverá ser completa, compreendendo o dano material e moral sofrido pelo lesado, conforme autoriza a súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Analisados todos os pressupostos da responsabilidade civil, verificou-se que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, exatamente por ser independente da verificação de culpa ou dolo por parte dos agentes públicos.

Os cidadãos estão submetidos ao julgamento de seus atos pelo Estado e às consequências por ele impostas. Desta forma, não há como lhe tirar a responsabilidade civil estatal por erro judiciário, não se trata de um direito absoluto, admitindo a exclusão da responsabilidade do Estado pelas excludentes do nexo causal.

A responsabilidade do Estado não afasta a soberania dos magistrados, nem mesmo a responsabilidade pessoal destes, o Estado apenas não pode deixar de ressarcir seus administrados.

Outrossim, convém a ação de indenização ser proposta em face do Estado, em razão da responsabilidade objetiva, ao invés de demandar diretamente contra o magistrado, ocasião em que a responsabilidade seria subjetiva. Cumpre ao Estado exercer seu

direito de regresso contra o magistrado ou órgão colegiado, apenas e tão somente quando estes agirem com dolo ou fraude, caso contrário, deve assumir os erros de seus funcionários.

REFERÊNCIAS

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro – v.4: responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 2. ed. Editora Forense, 1990.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Poderes éticos do juiz: a igualdade das partes e a repressão ao abuso no processo**. 1. ed. Porto Alegre: Editora Fabris, 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro – v. 7: responsabilidade civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 2. ed., 2. tir., Malheiros Editores, 1996, p.75.

DOS INCIDENTES DE EXECUÇÃO

HUGO FELLIPE MARTINS DE LIMA: Graduando do Curso de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso.

Resumo: Durante a marcha processual, podem surgir questões prévias, as quais devem ser solucionadas anteriormente ao enfrentamento do tema central. São os chamados incidentes processuais. Tais questões não são exclusivas do processo de conhecimento, estando presentes também durante a fase da execução da sentença condenatória. A própria Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), reconhecendo expressamente a existência destes procedimentos secundários, tratou do tema por meio de título específico, denominado “Dos incidentes de execução” - Título VII. O rol disciplinado no Título não é taxativo, havendo inúmeros outros na própria lei de execução penal, embora sem menção expressa. O objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema, senão apenas discorrer a respeito dos institutos de maior destaque, a exemplo da conversão, do excesso ou desvio, da anistia e do indulto.

1. Introdução

No direito processual penal, a fase cognitiva do processo tem por objetivo o pronunciamento jurisdicional acerca da culpa ou inocência de determinado sujeito perante certo fato a ele imputado. Trata-se de uma das principais funções deste ramo do direito, distinguindo-o dos demais.

No desenrolar do processo podem surgir questões secundárias, que repercutem, todavia, sobre o objeto da demanda,

merecendo solução antes de que se adentre ao mérito da causa principal. São as chamadas questões incidentes. Como exemplo podemos citar as exceções de suspeição ou impedimento, exceções de incompetência do juízo, de ilegitimidade, conflito de jurisdição, entre muitas outras.

Entretanto, tais questões não são exclusivas do processo de conhecimento, podendo ser verificadas também durante a fase da execução da sentença condenatória. De fato, conforme afirma Guilherme de Souza Nucci, “há questões e procedimentos secundários à execução da pena principal, merecedores de solução antes que esta termine”^[1].

Por demandarem pronunciamento expresso por parte do magistrado competente, a existência das questões incidentes sempre foi um dos principais argumentos daqueles que defendiam a jurisdicionalização da execução penal, tais como a ilustre professora Ada Pellegrini Grinover, em contraposição àqueles que afirmavam ter a expiação da pena caráter tão somente administrativo (Teoria administrativista da execução da pena).

A própria Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84), reconhecendo expressamente a existência destes procedimentos secundários, disciplinou o tema por meio de título específico, denominado “Dos incidentes de execução” - Título VII.

Referido título é dividido em três capítulos, dispostos da seguinte forma:

- Capítulo I – Das Conversões (artigos 180 à 184);
- Capítulo II – Do excesso ou desvio (artigos 185 e 186) e;
- Capítulo III – Da anistia e do indulto (artigos 197 à 193).

O rol disciplinado no Título não é taxativo, havendo inúmeros outros na própria lei de execução penal, embora sem menção expressa.

Considerando que o objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema, senão apenas tratar de alguns dos institutos de maior destaque, limitaremos nossa pesquisa aos incidentes constantes do Título VII da Lei de Execução Penal (conversão, excesso ou desvio, anistia e indulto).

2. Desenvolvimento

2.1. Das conversões

2.1.1 Conversão positiva

A conversão poderá ser positiva ou negativa. A primeira vem disciplinada pelo artigo 180 da LEP e trata da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Passamos agora à sua detida análise.

Para que ocorra, há que se verificar a existência de uma série de requisitos objetivos e subjetivos, sem os quais fica obstada sua aplicação.

Três são os requisitos objetivos (ou extrínsecos): pena privativa de liberdade não superior a dois anos, cumprimento em regime aberto e cumprimento de, no mínimo, um quarto da pena.

Conforme aponta Guilherme de Souza Nucci, é interessante notar que o *caput* do artigo 180 não deixa claro se a pena de dois anos precisa ser fixada na sentença condenatória ou, simplesmente, ser o montante atual do cumprimento pelo condenado. Pela aplicação direta do princípio *in dubio pro reu*, deve-se ficar com a segunda interpretação, haja vista ser mais favorável ao condenado, desde que presentes os demais requisitos. A fim de facilitar o entendimento, lançamos mão de exemplo do citado doutrinador:

Condenado a seis anos de reclusão, iniciando no regime fechado, passando pelo semiaberto, quando atingir a marca de dois anos de pena faltante, estando no regime aberto, onde já cumpriu pelo menos um quarto, pode pleitear a conversão para pena restritiva de direitos[2].

Ainda que o sujeito da execução já tenha cumprido dois terços do total da pena em outros regimes (fechado e semiaberto), será indispensável que cumpra um quarto dos dois anos que lhe resta em regime aberto para que possa pleitear a conversão.

Quanto aos requisitos subjetivos (ou intrínsecos), deverá o magistrado verificar os antecedentes criminais do condenado, podendo negar-lhe o benefício quando forem muitos os crimes já cometidos, advindos de delitos dolosos e graves. Além disso, deve ser levada em conta a personalidade do sentenciado, favorecendo-se aqueles de boa índole, merecedores do afastamento de qualquer forma de prisão, ainda que aberta.

Entretanto, verifica-se que o instituto da conversão positiva raramente é usado na prática. De fato, conforme dito anteriormente, este benefício só pode ser aplicado a condenados inseridos no regime aberto. Considerando que na grande maioria das comarcas brasileiras, carentes de casas do albergado, o cumprimento de pena no regime aberto ocorre sem qualquer supervisão estatal, não há qualquer benefício ao condenado, que deixaria o conforto de sua vida rotineira para passar a uma prestação de serviços à comunidade, o que lhe tomaria muito mais tempo.

Quantos os procedimentos aplicáveis a este incidente de execução, deve ser verificado o disposto no Título VIII da LEP.

2.1.2. Conversão negativa

Ainda no que se refere ao incidente da conversão, verificamos sua ocorrência na modalidade negativa. Por ela, a

pena restritiva de direitos é convertida em privativa de liberdade, conforme prescreve o artigo 181 da LEP.

Nesta hipótese, o condenado já obteve a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando da prolação da sentença condenatória, mas acabou incorrendo em uma das situações descritas nas alíneas do parágrafo primeiro do artigo 181, razão pela qual lhe será novamente imposta a perda da liberdade.

A conversão negativa ocorrerá quando o condenado:

- a) *Não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender à intimação por edital;*

Tendo a sentença condenatória transitado em julgado, o réu será intimado para dar início ao cumprimento da pena restritiva de direitos. Todavia, caso não seja encontrado no endereço constante dos autos, sem que tenha havido qualquer comunicação concernente à mudança de domicílio, a intimação se dará por edital. O não atendimento equivale ao descumprimento, justificando a conversão da pena em privativa de liberdade.

Oportuna a decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* n° 92012/SP, de relatoria da ilustre Ministra Ellen Gracie, 10.6.2008, por meio da qual foi afastada a ocorrência de constrangimento ilegal no acórdão do STJ que assentara, nos termos do art. 181, § 1º, a, da Lei de Execução Penal - LEP, a possibilidade de conversão da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade se o condenado estiver em lugar incerto e não sabido, haja vista que o réu que participou de todos os atos processuais e que, ciente da condenação, muda seu domicílio sem prévia comunicação ao juízo competente, viola o princípio da boa-fé objetiva que deve reger todas as relações jurídicas, inclusive entre o agente e o Estado.

- b) *Não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deve prestar serviço;*

c) *Recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;*

Nesse caso, deve o magistrado, previamente à conversão, ouvir o condenado, pois pode ocorrer que as atividades fixadas a título de cumprimento da pena restritiva de direitos configurem autêntico trabalho forçado ou cruel.

d) *Praticar falta grave e;*

e) *Sofre condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.*

Afora as hipóteses acima descritas, a LEP ainda traz a possibilidade de conversão quando, no curso da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental. Nesse caso, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança, nos termos do que prescreve o artigo 183 da citada Lei.

A doença ou perturbação mental de que trata o dispositivo deve ser de caráter duradouro. Caso não seja, deve ser aplicado o artigo 41 do Código Penal, transferindo-se o condenado para o hospital de custódia pelo tempo suficiente à sua cura.

Embora existam controvérsias, a doutrina majoritária defende que a medida de segurança seja aplicada até o limite de tempo estabelecido na condenação, ou seja, cumprirá a medida de segurança pelo prazo máximo da pena.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Mister se faz ressaltar a diferença entre a medida de segurança prevista no Código Penal aos inimputáveis e a medida de segurança substitutiva, trazida pelo art. 183 da Lei de Execução Penal. Para

os inimputáveis a lei prevê que a medida de segurança terá tempo indeterminado, durando enquanto perdurar a periculosidade do réu. Ao passo que a medida de segurança substitutiva   aplicada a quem foi julgado como imputável e no decorrer da execu o da pena foi acometido por doença mental, estando, portanto, adstrita ao restante do tempo de cumprimento da pena (HC 12.957 – SP, 5  T., rel. Felix Fischer, 08.08.2000, v.u., DJ 04.09.2000).

Reestabelecendo o condenado a saúde plena, deve tornar a cumprir a pena privativa de liberdade, havendo, desse modo, a reconversão.

De forma idêntica ao que ocorre na conversão positiva, neste incidente aplica-se o procedimento prescrito no Título VIII da LEP.

2.2. Do excesso ou desvio

De acordo com o artigo 1  da LEP, “a execu o penal tem por objetivo efetivar a disposi es de sentença ou decisão criminal”. Cabe ao magistrado competente, portanto, zelar para que o cumprimento da pena seja feito nos termos definidos pela lei e pela sentença, buscando sempre a maior individualiza o possível.

Assegurar esta garantia   exatamente o objetivo do instituto em análise.

Havendo desvio (destina o diversa da finalidade da pena) ou excesso (aplica o abusiva do previsto em lei), instaura-se um incidente próprio, que correrá em apenso ao processo de execu o.

São legitimados para suscitar o incidente de desvio ou excesso o Ministério Público, o Conselho Penitenciário e o sentenciado, além de órgãos como o Conselho Nacional de

Política Criminal e Penitenciária e o próprio juiz, entre outros, ligados à execução penal.

Não se pode esquecer de incluir neste rol de legitimados, ainda, o advogado, constituído ou dativo, por decorrência natural e lógica da consagração do princípio da ampla defesa na execução penal.

2.3. Da anistia e do indulto

De acordo com Guilherme de Souza Nucci, anistia é a declaração pelo Poder Público de que determinados fatos se tornam impuníveis por razões de utilidade social. Trata-se de perdão estatal concedido pelo Poder Legislativo, por meio de edição de lei federal.

Já o indulto poderá ser individual ou coletivo. Ambos representam a clemência estatal concedida pelo chefe do executivo, consubstanciado num decreto. A diferença entre eles, conforme se extrai do próprio nome, é que, enquanto o indulto coletivo tem por objetivo beneficiar um número indeterminado de condenados, o indulto individual beneficia um condenado em específico, levando-se em conta seu mérito incomum no cumprimento da pena. Esta forma de indulto também é conhecida como “graça”.

Tanto a anistia quanto o indulto constituem causas de extinção da punibilidade.

Como consequência da anistia, “o juiz, de ofício, a requerimento do interessado ou do Ministério Público, por proposta da autoridade administrativa ou do Conselho Penitenciário, declarará extinta a punibilidade”, nos termos do disposto no artigo 187 da LEP.

No que se refere ao indulto individual, poderá ser pleiteado por petição do condenado, por iniciativa do Ministério Público, do

Conselho Penitenciário, ou da autoridade administrativa, como, por exemplo, o diretor do presídio.

Após a protocolização da petição contendo o pedido de indulto, a mesma será entregue ao Conselho Penitenciário, para elaboração de parecer e posterior encaminhamento ao Ministério da Justiça, conforme artigo 189 da Lei de Execução. A decisão do Presidente da República é eminentemente discricionária, podendo, inclusive, contrariar o parecer formulado pelo Conselho Penitenciário.

Tanto no indulto individual quanto no coletivo, sendo concedido o benefício pelo chefe do executivo, deverá o magistrado declarar extinta a punibilidade do condenado, nos termos do que prescreve o artigo 107, II, do Código Penal.

Diferentemente do que ocorre na anistia, onde o Poder Legislativo exclui a tipicidade do fato que foi anteriormente objeto de tipificação, apagando-se, por consequência, os antecedentes criminais, no indulto os antecedentes não serão apagados, podendo gerar, inclusive, reincidência.

3. Conclusão

Consoante demonstrado nos tópicos anteriores, conversão, excesso, desvio, anistia e indulto tratam-se de incidentes processuais verificáveis ao longo da execução penal.

No que tange especificamente ao excesso e ao desvio, procura-se limitar a aplicação da pena aos limites e objetivos legais, resguardando-se, em última análise, a dignidade do sujeito condenado.

Quanto aos demais (conversão, anistia e indulto), pode-se afirmar que tais institutos, quando bem aplicados, consubstanciam relevantes instrumentos de política penitenciária, pois, de um lado, contribuem para a reinserção dos indivíduos na sociedade e, de outro, diminuem os custos da manutenção do preso.

4. Referências Bibliográficas

BRASIL. STF. RHC nº 92.012 – SP. Rel. Ellen Gracie. DJU 10.06.2008

BRASIL. STJ. RHC nº 12.957 – SP, 5ª T. Rel. Felix Fischer. DJU 04.09.2000.

COSTA JÚNIOR, Dijosete Veríssimo da. *Anistia, graça e indulto. Renúncia e perdão. Decadência e prescrição*. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 11, 20 abr. 1997. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/970>>. Acesso em: 02 dez. 2011

MIRANDA, Rafael de Souza. *Excesso de execução. Consequências jurídicas do cumprimento de pena em regime mais gravoso que o previsto na sentença ou decisão judicial*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14077>>. Acesso em: 02 dez. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NOTAS:

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

O INSTITUTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E OS MANICÔMIOS JUDICIAIS NO ESTADO DO TOCANTINS

JOADELSON RODRIGUES ALBUQUERQUE:

Funcionário Público do Estado do Tocantins. Graduado em História e em Direito pela Fundação Universidade Federal Do Tocantins; Advogado; Pós Graduado em Direito Público com ênfase em Constitucional, Administrativo e Tributário, pela Faculdade Itop, do Tocantins; Pós Graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Prominas da Universidade Candido Mendes, de Minas Gerais. Autor do livro: Direito Penal: "O Instituto das Medidas de Segurança e os Manicômios Judiciais no Estado de Tocantins". Aprovado no Concurso para Delegado de Polícia Civil no Estado do Tocantins em 2014.

RESUMOA presente pesquisa jurídica objetivou analisar a o instituto das medidas de segurança "in loco", ou seja, como este instituto está sendo aplicado no Estado do Tocantins. Assim, primeiramente foi apresentada a parte material do Código Penal das Medidas de Segurança; na sequência buscou-se fazer um apanhado geral dos manicômios judiciais no Brasil e as reformas implantadas nas últimas décadas, com destaque para a luta antimanicomial. Nesse trilho, buscou-se ainda fazer um raio-X da aplicação de tão importante instituto no Estado do Tocantins, onde se vasculhou a jurisprudência do TJ-TO e com importante estudo de caso de um processo de um inimputável penal, colhendo valiosos dados no balcão da 4ª Vara Criminal de Palmas-TO, que acumula função de Vara de Execuções penais da Capital. Para fundamentar este estudo, buscou-se uma análise doutrinária e jurisprudencial do assunto das medidas de segurança, desse modo ainda foi feito uma análise sobre a lei nº 10.216 de 2001 que Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

PALAVRAS-CHAVE: medidas de segurança; manicômios judiciais; reforma psiquiátrica; direito penal; Lei nº 10.216/2001.

ABSTRACT: This legal research aimed to analyze the institute of security measures "in situ", ie, as this institute is being applied in the State of Tocantins. Thus, it was first presented the material part of the Criminal Code of Safety Measures; following we tried to give an overview of judicial asylums in Brazil and reforms implemented in recent decades, especially the anti-asylum struggle. In this track, we sought to still make an application X-ray as important institute in the State of Tocantins, where they scoured the jurisprudence of the TJ-TO and important case study of a process of a criminal untouchable, collecting valuable data on balcony of the 4th criminal Court of Palmas-tO, which accumulates criminal Executions stick function in the capital. To support this study, we sought was a doctrinal and jurisprudential analysis of the subject of security measures, thereby has not yet done an analysis of the Law No. 10,216 of 2001 Provides for the protection and rights of people with mental disorders and redirects the care model in mental health.

KEYWORDS: security measures; judicial asylums; psychiatric reform; criminal law; Law No. 10,216 / 2001.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Instituto das Medidas de Segurança; 2. Manicômios Judiciais no Brasil; 2.1. Reforma Psiquiátrica no Brasil; 3. Prática Local: Aplicação das Medidas de Segurança no Estado do Tocantins; 4. Estudo de Caso; 4.1. Análise dos Autos do Inimputável A.C.S.H.K; 5. Estudo sobre a Lei Nº 10.216 de 2011; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O projeto deste artigo nasceu de um trabalho monográfico apresentado à Coordenação de Monografia do Curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Tarsis Barreto Oliveira, no ano de 2012, tendo obtido nota máxima com louvor. Além do Orientador também fizeram parte da Banca Examinadora os professores da UFT: Maria do Carmo Cota e a Suyene Monteiro. Sendo que naquele

instante fui aconselhado a transformar do trabalho em alguns artigos, o que faço justamente neste momento, títulos: 1) ESPÉCIE DE SANÇÃO PENAL: DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA;; 2) O INSTITUTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA E OS MANICÔMIOS JUDICIAIS NO ESTADO DO TOCANTINS; e 3) MEDICINA LEGAL E SUA APLICAÇÃO PRÁTICA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL.

No mundo moderno, as legislações penais ganham todo um destaque pela pretensão de serem limitadoras das ações humanas. Neste meio, encontra-se o instituto das medidas de segurança, quando estabelece situações de pessoas que, ao cometerem um crime, não eram inteiramente capazes de entender essa ilicitude (semi-imputável), ou ainda o agente que ao tempo da ação ou omissão é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (chamado tal agente de inimputável), e- por conseguinte- são isentos de pena, porém, sujeitos às medidas de segurança.

Desse modo, o desenvolvimento deste artigo tem como objetivo geral apresentar a aplicação das Medidas de Segurança no Estado do Tocantins, com enfoque na internação de autores de crimes, considerados inimputáveis ou semi-imputáveis, em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (popularmente conhecido como manicômio judicial) ou submetidos a tratamento ambulatorial.

Assim, o presente trabalho aborda de forma sucinta as medidas de segurança, e de forma mais específica trata dos: manicômios judiciais no Brasil; reforma psiquiátrica no Brasil; prática local: aplicação das medidas de segurança no Estado do Tocantins; um estudo de caso; análise dos autos do inimputável A.C.S.H.K e por fim apresenta um estudo sobre a Lei nº 10.216 de 2011.

Entende-se que medida de segurança é um instituto penal e processual penal usado para a proteção da sociedade de um perigo que a ameaça, ocasionado por um agente mentalmente perturbado e perigoso. Portanto, o que define a aplicação de medida de segurança é o embasamento na periculosidade do agente, e não mais na punibilidade, que tem como característica a imposição de pena ao infrator criminal.

Observar-se que os juristas quando redigiram o projeto de lei de alteração do CP que culminou na lei já mencionada, na exposição de motivos da nova parte geral do Código Penal, expuseram uma nova filosofia das medidas de segurança. Esse instituto, de caráter meramente preventivo e assistencial, ficou reservado apenas aos inimputáveis. Assim, ao réu perigoso e culpável não há razão para aplicar o que tem sido, na prática, uma fração de pena eufemisticamente denominada *medida de segurança*.

No que se refere ao estudo da norma nº 10.216/2001 que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Nota-se não ser uma legislação específica para os inimputáveis penais, contudo, a eles também se aplica. Desse modo, no intuito de recuperar o internado, dispõe de três tipos de internação psiquiátrica, sempre acompanhada de laudo médico circunstanciado com demonstração dos motivos da restrição ao direito de liberdade, sendo elas: internação voluntária, internação involuntária e internação compulsória. Essa última trata-se de objeto de estudo desse artigo, por ter característica obrigatória e ser determinada pela justiça, como se verifica no caso da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

A metodologia utilizada para elaboração desse trabalho adveio na pesquisa qualitativa, onde na prática a coleta de informações ocorreu através de: Pesquisas bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

1 INSTITUTO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

Sobre a história do instituto das medidas de segurança, em especial o início da distinção entre imputáveis e inimputáveis, nota-se que foram longos séculos em que não se verificavam as características pessoais dos agentes. Dessa forma, todos os autores de crime eram submetidos a uma única espécie de sanção penal, qual seja a pena, onde se constata enorme brutalidade na punição dos agentes portadores de transtorno mental, pois eram tidos como “seres *demoníacos*” e de tal modo sofriam as mais bárbaras atrocidades.

Elucida o autor Rosa:

“Durante muitos séculos, enquanto existia apenas o direito de punir, imputáveis e inimputáveis eram misturados sob a mesma espada punitiva da Lei. Consideravam os epiléticos, esquizofrênicos e paranoicos ‘possuídos pelo demônio’ e matavam-nos na fogueira, ou deixavam-nos amontoados, em masmorras, verdadeiros depósitos de homens, até morrerem”.

Só a partir do século XVIII e princípios do século XIX, Philippe Pinel, na França, fundador da Psiquiatria, deu início aos estudos das psicopatias e seu tratamento.

Desde então o Direito Penal passou a separar e distinguir os autores de crimes, colocando de um lado os responsáveis e de outro lado

os irresponsáveis. Daí surgiu o sistema binário de penas e medidas de segurança”. (ROSA, 1995, p. 529).

Importante mencionar que o referido autor compreende que atualmente existe a distinção na aplicação de pena e medida de segurança, ou seja, o sistema vicariante, que veio no Brasil com a reforma do Código Penal em 1984.

Para uma melhor compreensão, optou-se por introduzir conceituações desse instituto penalista e processualista, que tem caráter eminente curativo e preventivo, visando proteger a sociedade e, porque não dizer, o próprio agente inimputável de novas ações delituosas.

Por seu turno, Capez (2005, p. 390) define serem as medidas de segurança *“sansão penal imposta pelo Estado, na execução de uma sentença, cuja finalidade é exclusivamente preventiva, no sentido de evitar que o autor de uma infração penal que tenha demonstrado periculosidade volte a delinquir”*.

Portanto, em razão desses conceitos, infere-se que a medida de segurança consiste em um instituto com finalidade exclusivamente preventiva e curativa, uma vez que procura tratar o inimputável e o semi-imputável. Refere-se a pacientes que cometeram um crime, além de demonstrarem periculosidade para novas práticas nocivas.

Tal conclusão também é evidenciada no pensamento extraído do trabalho monográfico de Sales: *“ Percebe-se ter a Medida de Segurança um cunho eminentemente curativo, destinada aos agentes incapazes, que possuem uma probabilidade de vir a praticar novos crimes. Diante disso, nota-se que para se chegar a um resultado satisfatório na aplicação dessas medidas é necessário ao Estado dispor de meios adequados para a sua execução”*. (SALES, 2009, p. 10).

Ainda que medida de segurança não seja considerada uma pena, não deixa de ser uma espécie de sanção penal. Esse assunto é tratado por Jesus (1990, p. 457) definindo que esse instituto *“possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais”*. De forma elucidativa, apresenta um quadro onde diferencia as medidas de segurança das penas:

“a) As penas têm natureza retributiva-preventiva; as medidas de segurança são preventivas; b) as penas são proporcionais à gravidade da infração; a proporcionalidade das medidas de segurança fundamenta-se na periculosidade do sujeito; c) as penas ligam-se ao sujeito pelo juízo de culpabilidade (reprovação social); as medidas de segurança, pelo juízo de periculosidade; d) as penas são fixas; as medidas

de segurança são indeterminadas, cessando com o desaparecimento da periculosidade do sujeito; e) as penas são aplicáveis aos imputáveis e semi-reponsáveis; as medidas de segurança não podem ser aplicadas aos absolutamente imputáveis. (JESUS, 1990, p. 475).

Sobre a natureza jurídica de pena e medida de segurança também discorre Andrade:

“As penas e as medidas de segurança constituem as duas formas de sanção penal. Enquanto a pena é retributiva, tendendo atualmente a readaptar socialmente o delinquente, a medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva, no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostre perigoso venha a cometer novas infrações penais” (ANDRADE, 2004, p. 06).

A pesquisa bibliográfica do instituto em estudo demonstra que a inimputabilidade penal descrita no artigo 26 do CP é uma das espécies de excludente de culpabilidade, no que se refere à responsabilização ou não do agente por seus atos, pois na ação delituosa está implícito ou explícito o estado de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Dessa forma, não se pode falar que a ação do agente é culpável:

Inimputáveis

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Redução de pena

Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Assim, culpabilidade “é a possibilidade de considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal” (CAPEZ, 2005, p. 250). Nesse diapasão, observa-se a presença de duas teorias sobre o crime, sendo a primeira a *bipartida*, que considera como elementos do crime o fato típico e antijurídico (doutrina moderna afirma ser esta predominante apenas no Estado de São Paulo), enquanto a segunda é a *tripartida*, que considera como elementos do crime o fato típico, a antijuridicidade, e a culpabilidade, teoria majoritária em todo o restante do país.

De tal maneira, verifica-se, em primeiro lugar, se o fato   t pico ou não; em seguida, em caso confirmativo, a sua ilicitude; são a partir de então, constatada a prática de um delito (fato t pico e ilícito)   que se passa ao exame da possibilidade da responsabiliza o do autor. Jesus, expoente dessa teoria confirma:

“Sob o aspecto formal, crime   um fato t pico e antijurídico. A culpabilidade, com veremos, constitui pressuposto da pena. [...] não basta, porém, que o fato seja t pico para que exista crime.   preciso que seja contrário ao direito, antijurídico. O legislador, tendo em vista o complexo das atividades do homem em sociedade e o entrecchoque de interesses, às vezes permite determinadas condutas que, em regra, são proibidas. Assim, não obstante enquadradas em normas penais incriminadoras, tornando-se fatos t picos, não ensejam a aplica o da san o”. (JESUS, 1988-1990, p. 135-136).

Mensura-se que este projeto segue a teoria tripartida do crime, admitindo que a culpabilidade também seja elemento do crime. Recordase, ainda, que se trate da teoria amplamente adotada, como se verifica na defini o analítica de crime que   importante para melhor elucida o da teoria tripartida. Para Greco:

“A fun o do conceito analítico   a de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infra o penal sem que com isso se queira fragment -lo. O crime  , certamente, um todo unitário e indivisível. Ou o agente comete o delito (fato t pico, ilícito e culpável) ou o fato por ele praticado será considerado um indiferente penal. O estudo estratificado ou analítico permite-nos, com clareza, verificar a existência ou não da infra o penal; da  sua importância”. (GRECO, 2006, p. 149).

Neste ponto teórico, encontra-se a figura do inimputável penal, quando o agente não det m capacidade de entender o caráter ilícito ou antijurídico do fato, “por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ou, ainda, de se determinar de acordo com esse entendimento”, sendo que aqui figura a chamada *incapacidade absoluta*, prevista no art. 26 do CP.

O autor de crime considerado inimputável será isento de pena, porém será submetido a uma medida de segurança. Se a incapacidade praticada pelo autor for relativa (semi-imputável), sua pena será reduzida de um a dois terços, consoante o parágrafo único do art. 26 do CP.

Quanto aos requisitos para a responsabiliza o do agente, o Código Penal brasileiro segue a Teoria Limitada da Culpabilidade, defendida por autores renomados como Assis Toledo e Damásio E.

de Jesus. Aqui as discriminantes putativas fáticas são tratadas como erro de tipo (art. 20, § 1º), enquanto as discriminantes putativas por erro de proibição, ou erro de proibição indireto (art. 21, CP).

Para melhor visualizar a Teoria Geral do Crime, com foco na teoria analítica adotada no Brasil, façamos um quadro ilustrativo:

CRIME:

1 – FATO TÍPICO: Composição: - Conduta; - Nexo causal; - Resultado; - Adequação típica.

2 – ILÍCITO: Composição: com foco nas excludentes de ilicitude ou da antijuridicidade.

- Legítima defesa; - Estado de necessidade; - Estricto cumprimento de dever legal; - Exercício regular de direito; - Consentimento do ofendido. Em direito disponível.

3 – CULPÁVEL: Composição:

a. Imputabilidade; rol taxativo: - Menoridade; - Embriaguez acidental completa; - Anomalia psíquica.

b. Potencial consciência da ilicitude; rol taxativo: - Erro de proibição ou erro sobre a ilicitude do fato (art. 21, CP).

a. (IN) Exigibilidade de conduta diversa. Rol Exemplificativo: - Coação moral irresistível; - Obediência hierárquica de ordem não manifestamente ilegal.

Contrapondo o conceito de inimputabilidade, tem-se o de imputabilidade que o autor Fernando Capez considera como a “capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento” (2005, p. 258), tendo as seguintes causas dirimentes: 1- doença mental; 2- desenvolvimento mental incompleto; 3- desenvolvimento mental retardado; 4- embriaguez completa proveniente de caso fortuito ou força maior.

Dentro do conceito de inimputável penal encontram-se as figuras da doença mental, do desenvolvimento mental incompleto ou retardado. No Brasil, para a aplicação da excludente de culpabilidade, utiliza-se o critério biopsicológico, que dimensiona a responsabilidade do agente, ou seja, a sua saúde mental, juntamente com a verificação se no tempo do crime o sujeito tinha capacidade de averiguar a criminalidade do fato e de determinar-se de acordo com esta apreciação.

Torna-se relevante dizer que o CP segue o *Sistema Vicariante*, ou seja, aplicação de pena ou medida de segurança, em contraposição ao *Sistema Duplo Binário*, que possibilita a aplicação de pena e medida de segurança. O criminalista Capez (2005, p. 391) entende ser “impossível a aplicação cumulativa de pena e medida de segurança.

Aos imputáveis, pena; aos inimputáveis, medida de segurança; aos semi-imputáveis, uma ou outra, conforme recomendação do perito”.

Depreende-se que pena e medida de segurança são institutos distintos; enquanto a primeira é destinada ao imputável, a segunda ao inimputável e semi-imputáveis. Contudo, verificam-se pontos convergentes entre os institutos como: são consequências jurídicas do crime; são instrumentos do *jus puniendi* estatal; consistem em restrições de direitos fundamentais.

2 MANICÔMIOS JUDICIAIS NO BRASIL

Ainda que esta pesquisa não intencione fazer um levantamento de dados históricos sobre a saúde mental e, em específico, sobre os hospitais psiquiátricos no Brasil, entende-se que alguns acontecimentos devem ser mencionados. Entre eles, está a alusão ao primeiro contato do estudante brasileiro no que se refere à loucura, onde ainda na fase do ensino primário é levado à leitura da obra literária de Machado de Assis – O Alienista, que retrata, de forma romântica e com suspense, a criação e situação de um manicômio judicial – a Casa Verde, um “hospício” na vila de Itaguaí criado pelo médico Simão Bacamarte que acaba por abastecê-lo de cobaias humanas.

Neste liame histórico, o pesquisador Jacobina envereda por um caminho de comparação entre a Europa e o Brasil no que se refere aos locais destinados aos popularmente chamados de “loucos”. Jacobina apresenta um estudo atual e crítico quanto aos locais de internação que mudaram de nome em 1984, mas não de postura:

“Assim como na Europa, foi longo o interstício que levou à categorização da loucura como assunto médico no Brasil – embora certamente os europeus não tenham nada tão saboroso quanto o conto O Alienista, de Machado de Assis, para descrever o processo. Tampouco aqui os hospitais eram espaços plenamente medicalizados antes do século XIX, e os manicômios judiciais, apesar do nome pomposo de hospitais de custódia e tratamento recentemente dado a eles pela reforma penal de 1984, continuam até hoje a ser espaços não plenamente medicalizados”. (JACOBINA, 2008, p. 61).

Dessa forma, o primeiro manicômio judicial do Brasil foi criado na cidade do Rio de Janeiro na década de 20 do século passado, já

nascendo com discurso arrogante, como bem informa o mesmo pesquisador:

“O processo que levou à criação do Manicômio Judiciário no Rio de Janeiro culmina em 21 de abril de 1920, com o lançamento da pedra fundamental do primeiro asilo criminal brasileiro – que foi inaugurado em 30 de abril do ano seguinte. Anuncia-se, então, ‘muito mais que o surgimento de uma outra instituição pública’, mas “primordialmente a emergência de uma forma inteiramente nova de intervenção social, mais flexível, mais globalizante, mais autoritária”. (JACOBINA, 2008, p. 65-66).

Com finalidade didática, algumas definições são importantes para a fixação da base teórica. Dessa forma, conceitua-se o instituto manicômio judicial, como: “estabelecimento em que se recolhem os sentenciados ou criminosos alienados mentalmente, por serem eles incapazes de entender o caráter criminoso do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento” (DICIONÁRIO JURÍDICO DE BOLSO, 2006, p. 158).

Jacobina apresenta uma interessante pesquisa sobre a loucura, equiparada à doença mental, e que, por conseguinte, os criminosos inimputáveis deverão cumprir seu tratamento em manicômios judiciais, hoje denominado hospital de custódia e tratamento psiquiátrico:

“O direito brasileiro contemporâneo prorroga a jurisdição da justiça criminal para que a doença possa sofrer um julgamento penal e ser punida – sendo esse o significado do instituto da medida de segurança: um instituto que pune a loucura, sob o fundamento, nem sempre explícito, de a desmascarar, arrancar do ser humano essa doença. De resto, acaba restringindo a liberdade do portador da doença, por via de um internamento que, se no discurso é não punitivo, na prática arranca-lhe a liberdade e a voz”. (JACOBINA, 2008, p. 43).

Isso posto, procura-se relatar um apanhado geral desses estabelecimentos nacionalmente, tendo como fonte de investigação dados levantados pelo Ministério da Justiça (MJ) no ano de 2008, demonstrando, em pesquisa estatística, a quantidade de unidades de tratamento por Estado-membro. Dentro do Ministério encontra-se o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que por sua vez implantou o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Passa-se então a analisar o quadro geral de estabelecimento por Estado.

No sistema referido tem-se estatisticamente a relação do número de estabelecimentos prisionais ou de custódia, disponibilizados por

Estado, constando a relação de penitenciárias, de presídios, de cadeias públicas, de casas do albergado, de colônia agrícola, industrial ou similar, de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, de centro de observação, de patronato e de penitenciária federal.

As definições de cada espécie de dependência são dispostas pelo Ministério da Justiça, como também estão expressas nos artigos 82 a 104 da lei nº 7.210 de 1984, lei de execução penal – LEP.

Veja-se então a conceituação e classificação dos Estabelecimentos Penais:

a) Estabelecimentos Penais: todos aqueles utilizados pela Justiça com a finalidade de alojar pessoas presas, quer provisórios quer condenados, ou ainda aqueles que estejam submetidos à medida de segurança;

b) Estabelecimentos para Idosos: estabelecimentos penais próprios, ou seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, destinados a abrigar pessoas presas que tenham no mínimo 60 anos de idade ao ingressarem ou os que completem essa idade durante o tempo de privação de liberdade;

c) Cadeias Públicas: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas em caráter provisório, sempre de segurança máxima;

d) Penitenciárias: estabelecimentos penais destinados ao recolhimento de pessoas presas com condenação à pena privativa de liberdade em regime fechado;

d.1) Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais;

d.2) Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas;

e) Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena em regime semiaberto;

f) Casas do Albergado: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas que cumprem pena privativa de liberdade em regime aberto, ou pena de limitação de fins de semana;

g) Centros de Observação Criminológica: estabelecimentos penais de regime fechado e de segurança máxima onde devem ser realizados os exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados às Comissões Técnicas de Classificação, as quais indicarão o tipo de estabelecimento e o tratamento adequado para cada pessoa presa;

h) Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: veja-se o que diz o art. 99 da LEP “destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do CP”. Estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas submetidas à medida de segurança.

Contudo, o foco principal dessa pesquisa é quanto ao estabelecimento do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, e nacionalmente está disposto da seguinte forma:

O DEPEN não possui nenhuma instalação dessa natureza; Estado de Alagoas possui uma instalação unissex; Amazonas – possui uma instalação unissex; Bahia – possui dois estabelecimentos, também mistos; Ceará – possui dois estabelecimentos masculinos; Espírito Santo – possui uma instalação para ambos os sexos; Minas Gerais – possui três instalações masculinas; Pará – tem um estabelecimento unissex; Paraíba – tem um estabelecimento masculino; Pernambuco – possui uma instalação unissex; Piauí – possui um estabelecimento masculino; Paraná – tem um estabelecimento unissex; Rio de Janeiro – é o Estado que mais possui locais dessa natureza, sendo dois exclusivos masculinos e cinco unissex; Rio Grande do Sul – possui dois estabelecimentos unissex; Santa Catarina – tem uma instalação masculina; Sergipe – possui um estabelecimento unissex; São Paulo – único Estado que possui um local exclusivo feminino, somando-se mais um local masculino, e mais três unissex.

Os Estados membros que não foram relacionados são porque até o lançamento da pesquisa pelo Ministério da Justiça, não possuíam local definido e determinado para o cumprimento de medida de segurança. Entre eles está o Estado do Tocantins e Brasília, capital Federal. Por conseguinte, as investigações dessa pesquisa confirmam que o Tocantins continua sem estabelecimento específico para os agentes inimputáveis e semi-imputáveis.

Da análise dos dados infere-se a existência de 12 (doze) estabelecimentos masculinos, 1 (um) feminino e 19 (dezenove) unissex, perfazendo um total de 32 (trinta e dois) unidades de tratamento.

2.1 Reforma Psiquiátrica no Brasil

No que se refere   nova visão de tratamento do doente mental criminoso, surgiram diversos movimentos antimanicomiais no Brasil, que desde o final da década de 1970 lutam “*por uma sociedade sem manicômios*”. Entendendo que o tratamento, do paciente com transtorno mental, deve acontecer de forma integrada com a família e a sociedade e não de forma isolada como acontece hoje na maioria dos casos.

Observa-se que falar em manicômios pressupõe um desconforto na sociedade brasileira, porque historicamente existem crendices contra pessoas que apresentam alguma doença mental (ver art. 26 e o parágrafo único do CP), ou seja, os popularmente conhecidos como *retardados* ou *loucos de todos os g neros*. Ressalta-se ainda que o Brasil, como mencionado no parágrafo anterior, nos últimos trinta e quatro anos, passa por reformas na área de tratamento psiquiátrico, tentando emplacar uma nova política de saúde mental, culminando no movimento popular dos trabalhadores em saúde mental (MTSM), que defendem a bandeira por “*uma sociedade sem manicômios*” e lutaram pela aprova o da lei de saúde mental, Lei n  10.216/2001.

Pronuncia Greco:

“  importante ressaltar que a classe médica, há alguns anos, vem se mobilizando no sentido de evitar a internaa o dos pacientes portadores de doença mental, somente procedendo   internaa o dos casos reputados mais graves quando o convívio do doente com seus familiares ou com a própria sociedade torna-se perigoso para estes e para ele próprio. Em virtude desse raciocínio, surgiu em nosso ordenamento jurídico a Lei n . 10.216, de 6 de abril de 2001, que dispõe sobre a prote o e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, redirecionando o modelo assistencial em saúde mental”. (GRECO, 2006, p. 728).

Essa “lei de saúde mental” dispõe sobre a prote o e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Nota-se não ser uma legisla o específica para os inimputáveis e semi-imputáveis penais, contudo, a eles também se aplica. No seu art. 2 , parágrafo único expõe os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, sendo direitos que preservam a dignidade da pessoa humana e buscam a recupera o do internado.

Jacobina também escreve sobre a reforma psiquiátrica fazendo duas abordagens jurídicas bastante significativas do que ele chama de loucura, enquanto essa pesquisa prefere a denominação de transtornos mentais e de comportamento. A primeira abordagem, o autor denomina de paradigma técnico, que se refere ao desenvolvimento da relação dos profissionais que lidam com os pacientes, e mesmo o desenvolvimento da questão da saúde mental na esfera da saúde pública. Quanto à segunda é chamada de paradigma jurídico, ou seja, a evolução na esfera do direito constitucional e do direito sanitário.

Para Jacobina: *“A evolução do paradigma técnico está abrangida pelo conceito amplo de reforma psiquiátrica, que, na verdade, é mais uma noção, um movimento, do que um conceito. (...)”*

De forma sintética, dir-se-ia que a reforma psiquiátrica, como hoje é vista no âmbito do direito sanitário, implica o reconhecimento da noção de cidadania como noção principal na abordagem do paciente em busca da saúde mental e passa por alguns parâmetros, que poderiam ser enumerados assim:

a) abordagem interdisciplinar da saúde mental, sem prevalência de um profissional sobre o outro;

b) negativa do caráter terapêutico do internamento;

c) respeito pleno da especificidade do paciente e da natureza plenamente humana da sua psicose;

d) discussão do conceito de cura não mais como devolução ao paciente da sanidade perdida, mas como trabalho permanente de construção de um sujeito (eu) ali onde parece existir apenas um objeto de intervenção terapêutica (isso);

e) denúncia das estruturas tradicionais como estruturas de repressão e exclusão;

f) não-neutralidade da ciência;

g) reconhecimento da inter-relação estreita entre as estruturas psiquiátricas tradicionais e o aparato jurídico-policial”. (JACOBINA, 2008, p. 87 - 91):

Dessa maneira, depreende-se que o conceito de cidadania do inimputável criminoso (o que implica respeito aos direitos humanos, tratamento com dignidade e humanidade, humanização no atendimento, sendo este individualizado), sujeito ao manicômio judicial, é fundamental para que se consolide a reforma manicomial esperada por seus defensores.

Em análise de vários artigos sobre reforma psiquiátrica no Brasil, pode-se extrair uma série de diretrizes traçadas pelos movimentos antimanicomiais, quase sempre amparados pela nova legislação que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, a lei nº 10.216/2001. Destarte, os movimentos pretendem a desativação gradual dos manicômios com a inserção dos agentes que sofrem de transtornos mentais na sociedade, apontando, ainda, problemas de identificação dos internados, que muitas vezes são abandonados pelos familiares, fato que restringe substancialmente a reinserção social.

Assim, nesse processo histórico por mudanças, os movimentos buscam o resgate da capacidade do sujeito de participar do universo das trocas sociais, de bens, palavras e afetos. Esse processo evidencia a própria mudança de postura da psiquiatria em relação ao tratamento do doente mental, pois a ciência psiquiátrica sempre responde ao problema da loucura com a solução da internação, exclusão do doente do seu meio social, fomentando estigmas sociais inviabilizadores da expressão subjetiva do indivíduo. O artigo sobre Reforma Psiquiátrica no Brasil especifica como marco dessa luta a crise da Dinsam (Divisão Nacional de Saúde Mental), que eclode em 1978:

“Os profissionais da área denunciavam as péssimas condições da maioria dos hospitais psiquiátricos do Ministério da Saúde no Rio de Janeiro e vários foram demitidos. No mesmo ano, no V Congresso Brasileiro de Psiquiatria, uma caravana de profissionais da saúde demitidos no processo de lutas da Dinsam divulgou o Manifesto de Camboriú e marcou o I Encontro Nacional de Trabalhadores em Saúde Mental, realizado em São Paulo, em 1979. Neste processo surge o principal protagonista da reforma psiquiátrica brasileira, o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM)”. (ARTIGO - a Reforma Psiquiátrica no Brasil, 2011, p. 02).

Depreende-se que o artigo em apreciação (2011, p. 05) foi escrito antes de 2009, visto existir um chamado para a sociedade participar de uma marcha pela Reforma Psiquiátrica Antimanicomial, que ocorreria em 30 de setembro de 2009, contando com apoio de várias entidades, como o Conselho Federal de Psicologia.

Embora o movimento ainda não tenha atingido todas as suas metas, muito já foi alcançado como a aprovação da lei 10.216/01, além de causar uma série de discussões na sociedade sobre os direitos dos pacientes portadores de transtornos mentais, tudo isso graças à contestação do modelo manicomial e da ideologia do acolhimento asilar.

Dessa forma, busca-se uma ruptura entre o modelo atual e a ascensão de um novo.

Diante do exposto, chega-se ao entendimento que a reforma psiquiátrica, evidenciada principalmente com a lei nº 10.216/2001, praticou avanços importantes, como a busca de novas propostas terapêuticas, baseadas na ideia central de reinserção social do doente, bem como na busca da cidadania do louco. Entretanto, muitos obstáculos ainda se colocam no meio do caminho rumo ao processo de desinstitucionalização (isso na visão do movimento antimanicomial). Onde a aplicação de medidas de segurança, e especificamente da internação compulsória, representa apenas um desses desafios. Com isso a *“atuação estatal deve se pautar pela busca da emancipação do sujeito, entendida no aspecto político, pessoal, social e cultural, que lhe permita ser considerado numa perspectiva mais complexa que a generalizante e igualitarista, estimulando a convivência com a diferença”*. (CONFESSOR JÚNIOR, 2010, p. 05).

3 PRÁTICA LOCAL: APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA NO ESTADO DO TOCANTINS

A legislação penal assegura serem os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, outro estabelecimento adequado, os locais próprios para o cumprimento da medida detentiva ou restritiva (art. 101 da LEP). O Estado do Tocantins não possui este tipo de estabelecimento. Assim, buscou-se averiguar qual o mecanismo utilizado pelo magistrado diante do caso concreto, e ainda evidenciar o que na prática estaria sendo esse outro tipo de estabelecimento adequado.

Logo, sobre estabelecimento para cumprimento de medida de segurança detentiva, buscou-se uma fala do Secretário de Estado de Saúde do Tocantins, em resposta a um ofício do juiz Rafael Gonçalves de Paula – titular da 3ª Vara Criminal de Palmas-, que cobrava um local apropriado para os inimputáveis penais:

“Não há no Tocantins qualquer estabelecimento apto a receber o réu para tratamento indicado pelos peritos, vale dizer a medida de segurança detentiva. Disse ainda em outras unidades da federação as medidas detentivas estão sendo transformadas em medidas que possibilitem o tratamento dos acusados em regime aberto”. Sinalizando ser esta a providência a ser adotada in casu. (TOCANTINS,

Estado do. 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO. Autos nº 2007.0008.0756-7/0 e apenso nº 2008.00038714-9. Ministério Público Estadual e A.C.S.H.K., 2007, p. 06 do processo de execução).

Buscaram-se dados do quantitativo de agentes submetidos às referidas medidas detentiva ou restritiva, com objetivo de fazer levantamento da demanda de agentes portadores de transtornos mentais e de comportamento. Todavia, esses dados não foram conseguidos por falta de estatística dos órgãos do judiciário e do executivo.

Dessa forma, em verificação de campo na Secretaria Estadual de Cidadania e Justiça, no dia 14 de março de 2011, descobriu-se que atualmente essa Pasta pertence à Secretaria da Segurança Pública. E junto à seção de Diretoria, Coordenação e Assessoria Jurídica de Acompanhamento de Execução Penal, que deveria ser o setor encarregado dos dados estaduais do cumprimento de medidas de segurança, não constam dados arquivados, pelo menos é o que informou a assessora jurídica da execução penal, Sr.^a. Nelziree Venâncio da Fonseca. Porém, a assessora confirmou a falta do estabelecimento adequado e indicou que essa pesquisa fosse feita junto ao setor chamado CEPEMA, ligado à vara de execuções penais.

Na Vara de Execuções Penais que funciona juntamente com a 4ª Vara Criminal de Palmas, sob a tutela do Juiz de Direito Luiz Zilmar de Souza Pires (ainda em 2014), os servidores daquela repartição instruíram ao pesquisador da necessidade de fazer um requerimento administrativo, solicitando os dados necessários para o desenvolvimento desse trabalho.

O referido pedido foi protocolado no dia 16 de março de 2011, onde explica o objeto inicial da pesquisa e a que se propõe, ou seja, ao estudo do *instituto da medida de segurança e os manicômios judiciais no Estado do Tocantins*, contendo os seguintes pedidos:

- Toda e quaisquer informações sobre aplicação ou cumprimento de medida de segurança no Tocantins;
- Índices estatísticos de pessoas que já cumpriram ou estão cumprindo medida de segurança no Estado;
- Possibilidade de manusear um processo já transitado em julgado, em que o autor foi submetido à medida de segurança;

De posse dos dados pretende-se investigar:

- Para onde essas pessoas consideradas inimputáveis ou semi-imputáveis vão, uma vez que no nosso Estado não existe hospital de custódia e tratamento psiquiátrico;

□ Se vão para a Casa de Prisão Provisória de Palmas; ou para o Centro de Atenção Psicossocial; se vão para tratamento ambulatorial; ou cumprem prisão domiciliar; ou ainda outras possibilidades;

□ Qual a demanda de pessoas com problemas mentais e qual o diagnóstico dos laudos;

□ Possibilidade de fazer um estudo de caso.

A solicitação foi deferida dias depois, onde o magistrado despachou que as informações devem ser colhidas em cartório e que somente poderia manusear autos em balcão.

Contudo, os servidores da vara de execução penal afirmam não ser possível fazer a coleta dos dados necessários para aprofundar essa pesquisa, afirmando serem poucos os casos e que não possuem as informações estatísticas, além de não terem disponibilidade temporal para executarem mais essa tarefa.

No mais, disponibilizaram um processo crime (4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO. Autos nº 2007. 0008.0756-7/0 e apenso nº 2008.00038714-9), de doença mental, para o manuseio em balcão, não sendo permitida a reprodução de qualquer peça, porém esses autos serviram para fazer um estudo de caso para essa monografia (4º capítulo).

Mais uma vez em campo, procurou-se conhecer o que seria a CEPEMA, órgão ligado à vara de execução penal, em busca de dados para melhor fundamentar essa pesquisa. Esta sigla significa Central de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (CEPEMA). Uma psicóloga desse organismo informou que não tinha nenhum caso de cumprimento de medida de segurança, pois essa não era atribuição do mesmo. Desse modo, a CEPEMA cuida do cumprimento de medidas alternativas do sentenciado imputável, que por sua vez permanece no convívio da sociedade, mantendo laços familiares, vínculos empregatícios e comunitários.

4 ESTUDO DE CASO

Neste item buscou-se relatar, através de um caso concreto, a execução das medidas de segurança no Estado do Tocantins, da mesma forma, ficou evidenciado o grave problema enfrentado pelo poder judiciário e sociedade em geral, devido à inexistência de local apropriado para o tratamento dos inimputáveis penais.

Depois de muitas visitas à 4ª Vara Criminal de Palmas-TO, que também acumula a função de Vara de Execução Penal da Comarca da Capital, constatou-se a presença de pelo menos 05 (cinco) casos de processos para aplicação de medidas de segurança (não sendo números absolutos, pois os servidores não contam com dados estatísticos), sendo 03 para tratamento ambulatorial, e, 02 (dois) para internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Diante da análise processual, esclareceu-se o objetivo precípua dessa pesquisa: qual o destino dado aos presos considerados inimputáveis e semi-imputáveis e, dessa forma, sujeitos à aplicação da medida de segurança no Estado do Tocantins, uma vez que este Estado não possui tais estabelecimentos. Portanto, verificou-se que muitos ficam reclusos no sistema penitenciário comum, outros na casa de prisão provisória de Palmas e em quase todas as decisões na capital, devido à falta de local apropriado, acabam sendo de medida curativa junto ao Centro de Atenção Psicossocial- CAPS, ainda que este enfatize não ter condições adequadas para cuidar desses pacientes. Desse modo, verificou-se ainda o encaminhamento de agentes para tratamento ambulatorial para o Centro de Consultas Especializadas de Palmas – CECEP –, onde primeiramente o paciente deve passar por clínico geral da unidade de saúde da quadra onde mora e apenas depois ser agendado consulta com especialista psiquiatra.

Importante mencionar que o cumprimento de medida de segurança no CAPS de Palmas (CAPS II centro de atenção psicossocial), é um tanto quanto complicado, visto ser uma unidade de tratamento de “portas abertas” destinadas às pessoas portadoras de transtorno mental sem histórico de violência. Assim, esse centro de tratamento funciona em Palmas-TO, das 08h às 18h e de segunda a sexta-feira.

Diante desses dados, depreende-se que existe um número razoável de unidades de atendimento psicossocial; porém, não foi averiguado na prática se todas contam realmente com atendimento especializado de psiquiatria. Como se trata de atendimento ambulatorial, em geral necessita de encaminhamento de um clínico geral para posterior agendamento com especialista em dia e hora determinados. Não configurando tratamento psiquiátrico ininterrupto, como é o caso da necessidade no cumprimento de medidas de segurança, em que sempre precisará de uma equipe especializada disponível.

Quanto à clínica de internação com especialidade em psiquiatria, tem-se a Clínica particular de repouso São Francisco, localizada em Araguaína, que mantém convênio de atendimento com o Governo do

Estado do Tocantins. Porém, salienta-se tratar de clínica e não de hospital, desse modo, apresenta suas limitações no tratamento de medidas detentivas, como ficou evidenciado na análise processual do paciente A.C.S.H.K.

4.1 Análise dos autos do inimputável A.C.S.H.K.

Neste subtítulo faz-se um diagnóstico dos autos nº 2007.0008.0756-7/0 e apenso nº 2008.00038714-9, do agente inimputável A.C.S.H.K., processos que estão disponíveis na 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO, que também acumula a função de Vara de Execução Penal.

O caso se refere a um inimputável de nomenclatura A.C.S.H.K., onde se verificou ter o referido agente várias imputações penais na comarca de Palmas, em síntese com a tipificação do crime de furto, art. 155 do CP.

O primeiro auto de nº 2007.0008.0756-7/0 trata-se do transcorrer da ação penal, enquanto o de nº 2008.00038714-9 – que se encontra apenso, versa sobre a execução pós sentença. Quanto ao assunto, dispõe-se ser interdição hospitalar (psiquiatria), com data de autuação de 09 de fevereiro de 2011, estando na 4ª vara criminal / execução penal.

No laudo de exame de insanidade mental, fundamental para a constatação de inimputabilidade, constatou-se que o réu sofre de transtorno de personalidade antissocial, psicopatia, epilepsia, com recomendação de internação em manicômio judicial de maneira ininterrupta.

De tal modo, veja-se a conclusão do laudo feito por dois peritos do Instituto Médico Legal do Estado, datado de 25 de abril de 2005:

*“O réu apresenta transtorno mental orgânico e tem personalidade anti-social (psicopata) agravada pelo referido transtorno, agressividade e reincidência na prática delituosa, portanto, ele não tem condições de se determinar com o seu entendimento, se tornando inimputável, também temos que relatar que o mesmo apresenta alta periculosidade e por isso **ele não deve ser encaminhado à clínica psiquiátrica e sim a um manicômio judiciário para cumprimento de medida de segurança detentiva**” . (TOCANTINS, Estado do. 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas- TO. Autos nº 2007.0008.0756-7/0 e apenso nº 2008.00038714-9. Ministério Público Estadual e A.C.S.H.K., 2007, 2011, p.17, grifo nosso).*

Registra-se que o agente passou por três perícias médicas de incidente de insanidade mental e em todas se constatou a característica de personalidade antissocial, psicopatia. Ressalta-se que o paciente já foi internado para tratamento de transtorno mental decorrente da disfun o orgânica cerebral (epilepsia). Com esse diagnóstico, nota-se que os peritos sempre mencionam para o poder judiciário o alto grau de periculosidade do réu, com grandes chances de que quando estiver em liberdade voltar a praticar crimes, tendo isso já acontecido após a primeira liberdade provisória do agente inimputável.

Na primeira passagem do agente pela Casa de Prisão Provisória de Palmas – CPP- verificou-se em um pedido de liberdade provisória depoimento de uma psicóloga do recinto sobre o A.C.S.H.K.: “Como característica de personalidade, manifesta elevado estado de agressividade, com altera o do equilíbrio emocional, agita o e ansiedade, devido   situa o circunstancial   síndrome de abstinência de uso de drogas” (4  Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO, 2011, p.9).

Contudo, o Ministério Público Estadual manifestou-se contrário   liberdade pleiteada, por se tratar de pessoa com transtorno de personalidade, do tipo antissocial, com comportamento inadequado e agressivo, destarte, risco iminente para a sociedade. Ao final, pugnou pela interna o em clínica especializada com fundamento na lei antimanicomial, lei 10.216/2001, art. 6 , III.

Art. 6  A interna o psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo  nico. São considerados os seguintes tipos de interna o psiquiátrica:

I - interna o voluntária: aquela que se d  com o consentimento do usuário;

II - interna o involuntária: aquela que se d  sem o consentimento do

usuário e a pedido de terceiro; e

III - interna o compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Diante dessa situa o e em virtude da falta de local apropriado para o tratamento do inimputável penal no Estado, o juiz de direito Gil de Araújo Correia oficiou   secretaria da Segurança Pública para providenciar um estabelecimento apropriado para interna o do paciente em uma unidade da federa o, pois a perícia concluiu pela insuficiência da clínica de repouso São Francisco em Araguaína – TO. Porém, não foi encontrado vaga em outra unidade de tratamento.

Na sentença, o juiz da 3ª Vara Criminal de Palmas-TO, reconheceu o transtorno de personalidade do agente, visto através dos laudos de incidente de insanidade mental, e consternado com a situação do inimputável, registra a extinção da punibilidade do réu:

“O réu é portador de distúrbio mental grave, devendo-se acreditar que é por isso que tem agido de maneira contrária a lei. Mantê-lo indefinidamente preso significaria, numa análise crua, torná-lo um renegado social, o que não é concebível. Afinal, o réu é um ser humano e deve ser tratado como tal, ou seja, com todo o respeito e consideração que merece. (...) a responsabilidade pela situação de pena ao invés de medida de segurança dever ser atribuída exclusivamente ao Estado que não ofertou meios para tratar a patologia do acusado”. (4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas – TO, 2011, p.31).

Destarte, a extinção de punibilidade se deu pelo fato do réu ser considerado inimputável. Do mesmo modo, determinou-se a aplicação de medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, conforme os artigos

96, I com 97 do CP. Porém, verificou-se a substituição da medida de internação por tratamento ambulatorial no centro de atenção psicossocial – CAPS, isso em face da já mencionada deficiência estatal quanto à existência de estabelecimento apropriado para o cumprimento das medidas de segurança.

Verificou-se que a tentativa de tratamento no CAPS, por sua vez, restou infrutífera, por não ter essa instituição estrutura adequada para cuidar dessa espécie de paciente, agressivo, violento e perigoso. Enquanto isso, o juízo de execução penal aguarda a localização de um hospital especializado para tratar o paciente em estudo.

Sales, que também desenvolveu trabalho monográfico na área das medidas de segurança na comarca de Palmas, chegou à seguinte conclusão quanto ao encaminhamento para tratamento no CAPS:

“Percebeu-se também, que embora aplicada, há uma dificuldade quanto à execução referente ao local do tratamento ambulatorial, posto que no CAPS - Centro de Atenção Psicossocial desta comarca inexistente ambulatorio, e o encaminhamento ao CECEP – Centro de Consultas Especializadas de Palmas – TO, requer uma certa burocracia, porquanto deverá ser agendado após consulta prévia e encaminhamento do Clínico-Geral, da Unidade de Saúde da quadra onde reside o paciente.

Observa-se que esse procedimento é totalmente desestimulante, pois o agente que praticou um ilícito penal, estando sob tutela do

Estado, para ser diagnosticado, deverá enfrentar fila, pegar senha, para somente depois ser tratado.

Com esta pesquisa de campo, notou-se que inexistente uma fiscaliza o quanto ao cumprimento da Medida de Segurança, sendo que uma vez aplicada, caberá a quem irar executá-la encaminhar relatório descrevendo as atividades desenvolvidas com o paciente. Todavia, inexistente qualquer política no sentido de saber se esse paciente está tomando os medicamentos de maneira correta, ou como está se relacionando em sociedade.   como se estivessem em liberdade, e essa falta de fiscaliza o gera problemas, como por exemplo, o reeducando G. P. d. S., que até a presente data se encontra foragido". (SALES, 2009, p. 52).

Do mesmo modo, dois anos após a pesquisa realizada por Sales, observa-se que no ano de 2011, a situa o da aplica o das medidas de segurança no Tocantins continua semelhante, pois ainda não foi construído local específico para cumprimento das medidas detentivas e restritivas, com foco em tratamento humanitário e curativo desses pacientes. Com isso, o poder executivo deixa nas mãos dos juízes a atribui o de julgar e ainda de procurar um local para o tratamento dos inimputáveis.

Nota-se ainda, dentro do processo, a preocupa o e indigna o da família do inimputável, vez que o réu encontra-se em uma cela em separado da Casa de Prisão Provisória de Palmas, enquanto aguarda vaga em um local apropriado para tratamento. Tal indigna o   evidenciada em um ofício enviado pela Igreja da Graça de Deus Renovada, assinada pelo Bispo Pot ncio Kennd, pai do réu, endereçado ao juiz de execu o penal de Palmas, o Sr. Luiz Zilmar, o bispo relata toda a situa o do inimputável, fala sobre três determina es judiciais para intern o do paciente em clínica especializada em psiquiatria e fala sobre o descaso estatal, cogitando enviar os autos ao Conselho Nacional de Justiça – CNJ – para que tome providências contra o executivo e os secret rios da saúde, segurança e cidadania e afins por improbidade administrativa pelo não cumprimento de ordens judiciais.

5 ESTUDOS SOBRE A LEI 10.216 DE 2001

A norma dispõe sobre a prote o e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em

saúde mental, datada de 6 de abril de 2001. Nota-se não ser uma legislação específica para os inimputáveis penais, contudo, a eles também se aplica. Desse modo, no intuito de recuperar o internado, dispõe de três tipos de internação psiquiátrica, sempre acompanhada de laudo médico circunstanciado com demonstração dos motivos da restrição ao direito de liberdade, sendo elas: internação voluntária, internação involuntária e internação compulsória. Essa última trata-se de objeto de estudo desse trabalho, por ter característica obrigatória e ser determinada pela justiça, como se verifica no caso da internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

Art. 6º A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos. Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários. (BRASIL, 2001).

Sobre a internação compulsória, conclui Sales:

“Vê-se, portanto, que a Medida de Segurança consiste nessa modalidade genericamente descrita acima, contudo, restringe-se à incidência do campo penal. Diante disso, nota-se que a internação, inclusive a determinada pela Justiça, não apenas é o último instrumento a ser utilizado no trato para com os inimputáveis, como também depende de laudo médico circunstanciado que caracterize seus motivos.

Entretanto, se torna relevante enfatizar que essa internação não foi abolida pelo ordenamento jurídico, o que se pretende é impossibilitá-la, como uma forma de exclusão social”. (SALES, 2009, p.34).

Assim, quando do cumprimento das medidas de segurança, seja ela detentiva ou restritiva, deverá o magistrado de execução penal determinar a internação compulsória do paciente ou simplesmente decidir pelo tratamento ambulatorial em caso menos grave, pautando sempre por razões de prevenção e na questão da periculosidade do delinquente, ainda que seja a internação compulsória uma exceção, pois o que se pretende é o tratamento do paciente no próprio meio social.

Compreende-se, que a visão otimista do referido autor em muito se difere da prática do cumprimento das medidas de segurança, ainda que a nova legislação buscasse um rompimento com as internações manicomiais, percebe-se que a presença dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico em muito facilitam o trabalho do juízo de execução. Uma vez que, onde eles existem servem de referência para a internação dos inimputáveis e onde eles não existem acaba por fazer com que esses agentes cumpram medidas no sistema penitenciário comum ou simplesmente fique em liberdade (como é o caso do Estado do Tocantins), tendo em vista os CAPS não terem estrutura para acomodar tais pacientes. Desse modo, a lei trouxe um discurso de permanência do portador de transtorno mental no meio social, uma fala de inclusão, porém não providenciou estrutura humana nem estabelecimentos apropriados para o novo modelo.

Ainda assim, o retrato histórico que se tem dos manicômios judiciais é de locais de exclusão do internado, com maus-tratos e tratamentos desumanos, como se constata no discurso de Oliva:

“O modelo da instituição manicomial e todas as outras instituições anteriores a ela desconsideram o sujeito portador do transtorno mental como sujeito possuidor de direitos. Ele era apenas um “pedaço de carne” improdutivo, e que, por isso, deveria ser excluído da sociedade, para não “subvertê-la”. Era um modelo, portanto, segregacionista, e que não reafirmava nem assegurava os direitos constitucionais fundamentais, nem os direitos humanos básicos.

A proteção à sociedade, então, era colocada num patamar muito superior aos direitos individuais, e a única maneira de se alcançar a segurança social era através do recolhimento dos “loucos” a asilos. Os “recolhidos” sempre foram vítimas de maus-tratos e tratamento subumanos. E nunca houve um efetivo comprometimento de cuidado, por parte destas instituições, com a saúde e com a reinserção social dessas pessoas com transtorno mental”. (OLIVA, 2009, p. 4).

Assim, devido à exclusão social do agente submetido à medida de segurança nasceu o movimento antimanicomial (tratado em tópico anterior), que até os dias atuais busca a reinserção desses pacientes no seio da sociedade, onde a aprovação de lei de saúde mental representa avanço incontestável. Destarte, a luta por tratamento humanizado e sem discriminação, por respeito aos direitos individuais continua.

Preconiza o art. 2º, parágrafo único, da aludida lei 10. 216/2011 são direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades; II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade; III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas; V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária; VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis; VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento; VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis; IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental. (BRASIL, 2001).

A lei de saúde mental, afirma ainda, ser de responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental e assistência, contando com participação da sociedade e da família, devendo ser prestada em estabelecimento de saúde mental. Na atualidade os CAPS apresentam-se como modelo dessa nova política, onde a internação psiquiátrica passa a ser exceção e não a regra. Como se verifica no art. 4º e seus parágrafos da citada lei, vedando a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, os de outrora conhecidos como manicômios judiciais. Por fim, atribui ao Conselho Nacional de Saúde a incumbência para criar comissão nacional para acompanhar a implementação desta lei.

CONCLUSÃO

Ante o exposto neste trabalho, buscou-se colocar de forma didática um apanhado doutrinário e jurisprudencial sobre o Instituto das medidas de segurança e os manicômios judiciais no Estado do Tocantins. Desse modo, esse estudo visa proporcionar uma consulta rápida para estudantes, concurseiros e demais operadores do direito. Deste modo, ao longo da pesquisa ficou comprovado a afirmação de falta de local próprio para a internação de inimputáveis e semi-imputáveis penais no Estado do Tocantins. Assim, a evidência da inexistência de estabelecimento próprio para o cumprimento da medida de segurança foi comprovada através de pesquisa de campo e da análise de jurisprudências da Corte Tocantinense, que por diversas vezes externou essa situação de desrespeito aos agentes

portadores de transtornos mentais ou de comportamento e a sociedade de forma geral.

De tal modo, diante do problema que se propôs a pesquisar, constatou-se que o agente submetido a qualquer uma das espécies de medidas de segurança, seja ela detentiva ou a restritiva, acaba por cumprir seu “tratamento” no sistema penitenciário comum, com observação na decisão judicial para o inimputável ficar em uma cela em separado dos demais detentos.

Verifica-se ainda, que desde a aprovação da lei antimanicomial nº 10.216/01, intensificou-se as discussões sobre os direitos humanos das pessoas internadas com transtorno mental responsável pelo cometimento de algum tipo de crime, e sobre o direito social das famílias de acompanhar e assistir os seus entes com perturbação mental. Igualmente, essa lei tornou-se a principal vitória dos movimentos antimanicomiais que surgiram no Brasil nos últimos 30 anos, buscando uma nova forma de cuidar dos criminosos portadores de transtornos mentais.

Portanto, com esse estudo confirma-se que os manicômios judiciais precisam de uma nova roupagem, não só de nome como ocorreu com a reforma do código penal em 1984, quando passou a denominar-se hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, mas também na forma de inclusão social e ressocialização do paciente, fato que ocorreu na teoricamente com o advento da lei de saúde mental em 2001.

Seguindo o mesmo raciocínio, compreende-se que o Estado do Tocantins precisa de um local específico para o tratamento dos agentes inimputáveis penais, aplicando a nova visão de tratamento determinada pela legislação e pelos ditames dos conhecimentos da psiquiatria e da psicologia forense, porém deve ser um tratamento amplo, com equipe multidisciplinar, voltado para o agente e para sua família, talvez um programa semelhante ao desenvolvido no Estado de Minas Gerais (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário de Sofrimento Mental - PAI-PJ- que cuida da assistência dos doentes mentais que cometeram algum delito e é realizado pelo próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, sendo realizado acompanhamento do portador de sofrimento mental que cometeu algum crime). Com isso, os doentes mentais criminosos terão a possibilidade de voltarem saudáveis para suas famílias e para a sociedade, sem apresentarem “perigo” ou “risco” para si mesmo e para as pessoas que estão em sua volta, conseqüentemente, possibilitará a diminuição de cumprimento de medida de segurança de forma perpetua em nome da proteção coletiva e desrespeitando dos direitos individuais do sentenciado.

Reputa-se ainda que este artigo seja apenas parte de um todo, qual seja o livro de minha autoria: O Instituto das Medidas de Segurança

e os Manicômios Judiciais no Estado do Tocantins. E que ainda existem mais dois artigos oriundos dessa mesma fonte, artigo 1) espécie de sanção penal: das medidas de segurança; e artigo 2) medicina legal e sua aplicação prática no direito processual penal.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ASSIS, Machado. **O alienista**. Disponível em www.virtualbooks.com.br. Baixado em 25 de novembro de 2011.

BETANHO, Luiz Carlos. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **A reforma psiquiátrica no Brasil**. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Reforma_psiqui%C3%A1trica_no_Brasil. Acesso em 5 de março de 2011.

BRASIL. Sítio. <http://portal.mj.gov.br/>. Acesso em 14 de março de 2011.

BRASIL. Sítio do <http://cnes.datasus.gov.br/>, acessado em 01 de dezembro de 2011.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

BRASIL. **Código penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 1940.

_____. **Código de processo penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 1941.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins**. REO nº 1558 (07/0054236-1), Rel. Des. Willamara Leila De Almeida. Disponível: <www.tj.to.gov.br> Acesso 15 novembro 2011.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. http://www.tjmg.jus.br/presidencia/projetonovosrumos/pai_pj/index.html. Acessado em 05 de dezembro de 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo de assistencial em saúde mental.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONFESSOR JÚNIOR, Waldeci Gomes. A internação compulsória no contexto da reforma psiquiátrica brasileira. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14967/a-internacao-compulsoria-no-contexto-da-reforma-psiquiatrica-brasileira>. Acesso em 25 de novembro de 2011.

CORRÊA JÚNIOR, Luiz Carlos Bivar. **Direito processual penal.** 5. ed. Brasília: Vestcon, 2009.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Código penal comentado.** 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara

Koogan, 2008.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica.**

Brasília: ESMPU, 2008.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal.** 8. Ed. São Paulo:

Malheiros Editores LTDA, 2002.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal.** São Paulo: Saraiva, 1991.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 5. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal.** 23. ed. v. 01. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVA, Mariana. **Aspectos humanistas e constitucionais do hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (HCT).** Revista do Curso de Direito da UNIFACS, vol. 105 (2009). Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view545>>. Acesso em: 06 dez.2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal:** parte geral. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALES, Gabriela Alves Lima. **A efetividade das medidas de segurança na comarca de Palmas – TO, nos moldes da lei nº 10.216/2011.** 2009. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Tocantins, Palmas, 2009.[Orientador: Prof. Breno de Oliveira Simonassi].

TOCANTINS, Estado do. 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas-TO. **Autos nº 2007. 0008.0756-7/0 e apenso nº 2008.00038714-9.** Ministério Público Estadual e A.C.S.H.K., 2007.

LICENÇA PATERNIDADE E OS EFEITOS DA LEI 13.257 NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

TONY DE SOUSA MARÇAL

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise das alterações feitas na Lei 11.770/2008 com o advento da Lei 13.257 de 8 de março de 2016, marco legal da primeira infância, e sua repercussão para o funcionalismo público. Sabe-se que as empresas que aderirem ao programa do governo deverão prorrogar a Licença Paternidade para 15 (quinze dias), elevando para 20 dias o prazo de gozo da licença. Em contrapartida a empresa será beneficiada com abatimentos fiscais. O artigo 2º da Lei 11.770/2008 não teve alteração, contudo a administração pública já vem adotando a prorrogação da Licença Maternidade de suas servidoras. Diante disso, é preciso verificar o alcance da novel norma quanto seus efeitos em relação ao servidor público, quais os reflexos na administração pública para que o servidor tenha também direito à prorrogação desse prazo.

Palavra-chave: Licença Paternidade; Primeira infância; Servidor público.

1. Como tem sido o direito à licença paternidade.

Tradicionalmente, a lei trabalhista instituiu previsão de licença-paternidade de apenas um dia, que deveria ser gozada na primeira semana de vida do filho, pois em 1967, o Decreto-Lei 229 incluiu dispositivo no texto do Decreto Lei 5.452/43 (que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho) para criar o direito a licença-paternidade, que concedia ao trabalhador o abono de um dia, uma falta justificada, por motivo de nascimento de um filho, desde que a falta ocorresse dentro do prazo da primeira semana do parto.

De outro modo, o artigo 7º, inciso XIX da Constituição Federal de 1988 dispôs: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XIX - licença-paternidade, **nos termos fixados em lei**;

O direito surgiu, contudo, carecia de ser regulamentado a fim de especificar a regra para aquisição e gozo dessa licença. Mas como a efetividade dependia da atuação do Legislativo a Constituição não se privou de antecipar uma medida a ser adotada até o surgimento da lei. Para tanto o artigo 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, no parágrafo 1º dispôs: até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

Após certo período o legislador ainda assim se manteve inerte e vários mandados de injunção foram impetrados para que surgisse a lei regulamentadora, dentre eles o Mandado de Injunção nº 4.408 – DF:

Mandado de injunção. Regulamentação do art. 7º, XIX, da Constituição. Licença-paternidade. Aplicação provisória do art. 10, § 1º, do ADCT. Ausência de suprimento da lacuna legislativa. Reconhecimento da omissão legislativa. Transcurso de tempo razoável para a tramitação e aprovação de projetos de leis que regulamentam o art. 7º, XIX, da Constituição. Possibilidade de estabelecimento de prazo razoável para a edição da norma regulamentadora. Possibilidade de fixação normativa da matéria pelo STF, caso o prazo fixado não seja observado.

A exemplo do supracitado, há 28 anos existem diversos projetos de lei para regulamentar a licença-paternidade em trâmite no Congresso Nacional, no entanto, as duas Casas Legislativas não deliberam a matéria, como exemplo pode-se citar os Projetos de Lei

2.579/03, 5.896/09 e 6.753/10. Nesses casos de existência de Projeto de Lei mas parado nas casas legislativas por mora dos parlamentares o STF já advertiu:

Apesar de não ser possível mensurar objetivamente o tempo adequado para duração do processo legislativo, dada a natureza política dessa atividade e suas diversas nuances e variáveis, é necessário juízo de razoabilidade acerca do período de elaboração das normas legais, considerando-se a natureza da matéria e a urgência da sua disciplina perante os anseios da sociedade – e, sobretudo, diante do comando constitucional que exige a atuação do legislador. Portanto, além do processo legislativo para regulamentação do tema, é necessário agregar critério para aferir a caracterização de inércia do legislador: o da razoabilidade no tempo de tramitação. No caso, os projetos de lei sobre o direito à licença-paternidade já ultrapassaram tempo razoável de tramitação, de modo que se caracteriza a mora legislativa inviabilizadora do seu exercício. Relembre-se que a Constituição impôs o dever de regulamentar a matéria há nada menos que um quarto de século.^[1]

Mais recente tem-se o PL 1.099/2015 em que dispõe não somente sobre o prazo da licença paternidade como também regulamenta o direito nas relações homoafetivas e custeio do pagamento do auxílio paternidade. Nele destaca-se o artigo 1º:

Art. 1º O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho, passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 473-A a 473-B: “Art. 473-A. A licença-paternidade é fixada em 15 (quinze) dias consecutivos, sem prejuízo do emprego e do salário, para os pais que estejam, na data do

nascimento, da adoção ou da obtenção de guarda judicial, oficialmente casados ou em união estável comprovada com a mãe da criança, em caso de parto ou adoção de um único filho, observando-se, nas demais hipóteses, os seguintes prazos: (...).

O projeto modifica o artigo 473 e aumenta o tempo da licença paternidade para 15 (dias), preenchendo a lacuna até então existente. Contudo, aguarda até o presente momento ser posto em votação.

Cumprindo um ideal social, o texto é justificado da seguinte maneira: “trata-se de um avanço significativo no campo dos direitos sociais, com o reconhecimento do importante papel da paternidade na formação dos filhos, já a partir do nascimento”.

2. A novidade Jurídica

Para acompanhar os novos meandros da sociedade trabalhista, outras normas foram criadas a fim de regular os direitos trabalhistas, vale destacar a Lei 11.770 de 2008 que prorrogou o prazo da licença maternidade para 60 dias, isso se deu com o Programa Empresa Cidadã, em que todas as empresas que aderissem ao programa teriam abatimento no Imposto de Renda pago. Assim, a pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração.

Mais adiante, com o advento da lei 13.257 de 2016, conhecida como marco legal da primeira infância, implementou-se políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano. A lei estabeleceu um conjunto de medidas prioritárias no tratamento de crianças de 0 a 6 anos, em matérias como saúde, educação, redução de desigualdades e promoção do convívio familiar. Para tanto, acrescentou algumas modificações na lei 11.770/2008 bem como incluiu a prorrogação da licença-paternidade de 15 dias:

Art. 1º É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar:

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal;

II - **por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 10 do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.** (grifo nosso)

A princípio a lei não se estende ao servidor público de nenhuma esfera, já que diz respeito a programa de governo a ser aderido por empresas da iniciativa privada. No entanto o art. 2º deixa claro que: **É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.** Veja que a lei estende tal direito às servidoras públicas. Ao tempo do advento dessa norma muitos servidores pleitearam o direito à prorrogação ao judiciário:

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. LICENÇA MATERNIDADE. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEFERIMENTO DA LIMINAR ASSEGURANDO A PRORROGAÇÃO DA LICENÇA MATERNIDADE, PELO PRAZO DE MAIS 60 (SESSENTA) DIAS. DECISÃO MANTIDA. POSSIBILIDADE. 1. A Lei Federal nº 11.770/2008, que prorrogou a licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias para 180 (cento e oitenta) dias é auto-aplicável, possuindo eficácia plena. 2. Ademais, impende destacar que a publicação da Lei Estadual nº 12.214/2011, que entrou em vigor no dia 26-05-2011 e regulamentou a concessão da licença

maternidade pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias às servidoras estaduais, reforça o entendimento adotado na decisão liminar ora impugnada, ratificando a necessidade de sua manutenção até julgamento definitivo deste mandamus. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(TJ-BA - AGR: 00134042620118050000 BA 0013404-26.2011.8.05.0000, Relator: Daisy Lago Ribeiro Coelho, Data de Julgamento: 22/03/2012, Seção Cível de Direito Público, Data de Publicação: 17/11/2012)

Em que pese o princípio do pacto federativo e da separação dos poderes impedir qualquer tipo de invasão na competência em âmbito administrativo das esferas federais, estaduais, municipais e distritais, quanto às regulamentações dos direitos de seus servidores públicos, ocorre que o legislador não deixou de lado a servidora pública no que diz respeito ao direito de Licença Maternidade. Nesse entendimento bem observa o ministro relator Ari Pargendler no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 328.366 – BA:

A este respeito, imperioso reconhecer que se trata de disposição normativa ampliadora de direitos fundamentais – de segunda geração ou sociais, expressamente dispostos na [Constituição Federal](#). O tratamento constitucional conferido ao benefício consignava a licença maternidade pelo prazo de cento e vinte dias, ao passo que a novel legislação passou a assegurar a prorrogação do benefício por mais sessenta dias;

Compreendendo a contemplação aberta dos direitos fundamentais em nosso ordenamento jurídico constitucional, bem como a consideração de extensão dessa compreensão também

aos direitos sociais, há de se reconhecer a possibilidade de extensão da delimitação de tais direitos, assegurada, inclusive, na Declaração Universal dos Direitos do Homem;

A não efetivação da prorrogação de licença maternidade em favor da impetrante pela inexistência de deferimento expresso da Administração Pública quanto ao requerimento administrativo formulado, quer-nos indicar a violação a direito líquido e certo assegurado constitucionalmente, com repercussões perante o princípio da isonomia, haja vista o estabelecimento de tratamentos normativos desiguais conquanto se verifique a mesma situação fático-jurídica;

Porém quando houve a alteração da licença paternidade por ocasião da Lei 13.257 de 2016, o artigo 2º não previu autorização para a administração pública estender tal direito a seus servidores (pais). Porventura, o legislador tenha sido relapso e não observou a repercussão do direito em relação ao funcionalismo público.

3. Conclusão

A fim de que os trabalhadores de um modo geral sejam salvaguardados pelo princípio da isonomia, pois o ordenamento jurídico não admite tratamento desigual a título de direitos trabalhistas, conclama-se que o benefício (prorrogação de licenças) estendido à mulher, servidora pública, seja também estendido ao servidor público.

Se o objetivo precípuo da lei é garantir que a criança cresça num ambiente saudável e estabeleça vínculos fortes com seus pais, nada mais justo que o direito seja estendido para ambos os gêneros em todas as esferas do funcionalismo público. Ademais, a ausência de norma regulamentadora pode ser preenchida por norma já

existente para suprir a inércia do legislativo até que sobrevenha norma adequada.

REFERÊNCIAS

Brasil. Licença Paternidade de 20 dias será facultativa e exclui servidores públicos. Gazeta do Povo. Disponível em:<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/licenca-paternidade-de-20-dias-sera-facultativa-e-exclui-servidores-publicos-80k2af4ho4kjp5agjn782tbk>. Acesso em 20 de março de 2016.

Brasil. STF. Plenário. Mandado de Injunção 4.408-DF. Relator o Ministro Dias Toffoli. DJ de 5/9/2007.

Brasil. Jusbrasil. Disponível em:<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259521/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-328366-ba-2013-0110572-9-stj/inteiro-teor-25259522>.

Brasil. Disponível em:http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1319390&filename=PL+1099/2015. Acesso em 20 de março de 2016.

PEREIRA, Leone. SCALERCIO, Marcos. ORSI, Renata. CLT: Licença Paternidade. 2ª Ed. Amp. e rev.. Editora: Revista dos Tribunais. 2015.

DESTAQUES AO DECRETO Nº 8.553/2015: O PACTO NACIONAL PARA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL COMO INSTRUMENTO DE CONCREÇÃO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O presente está assentado em promover uma análise do Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015, como instrumento de concreção do Direito Humano à Alimentação Adequada por meio do Pacto Nacional para Alimentação Saudável. Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de

humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. DHAA. Pacto Nacional para Alimentação Saudável.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Ponderações à Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/2006): O Alargamento do rol dos Direitos Humanos no Território Brasileiro; 7 Destaques ao Decreto nº 8.553/2015: O Pacto Nacional para Alimentação Saudável como Instrumento de Concreção do Direito Humano à Alimentação Adequada.

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que

não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “*prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém*”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade

contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. “A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme

a própria experiência da vida humana em sociedade”[4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. “O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”, como bem afiança Alexandre de Moraes[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, “*pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana*”[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. “*É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida*”[9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos,

mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[12], devido processo legal[13], acesso à Justiça[14], liberdade de locomoção[15] e livre entrada e saída do país[16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos

contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto

constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco

tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. “Os *direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são*

oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[36]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. “*Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição,*

a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”[37]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[38], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primordialmente “*ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais*”[39], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado[40], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior

proporcionalidade de retribui o financeira em rela o ao trabalho, remunera o especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indeniza o em virtude de dispensa arbit ria ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educa o e instru o sociais[41].

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas rela es de natureza econômica, a fim de garantir a efetiva o dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condi es materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira gera o. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal interven es na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posi o de Estado liberal, isto  , o ente estatal alheio   vida da sociedade e que, por consequência, não intervina na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e prote o contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família,   educa o,   propriedade intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicaliza o.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão “são os *direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal*”[42]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História   paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. “*Sua primeira gera o enfrentou problemas do*

arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”[43], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio[44], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”[45]* ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar

a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível^[46].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”*^[47]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às

gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. “*Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[48]. A respeito do assunto, Motta e Barchet[49] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

6 Ponderações à Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (Lei nº 11.346/2006): O Alargamento do rol dos Direitos Humanos no Território Brasileiro

Em uma primeira plana, a Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006[50], que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências, foi responsável por, expressamente, alargar o rol de direitos humanos no território nacional, alçando, para tanto, o direito à alimentação adequada como direito fundamental, imprescindível ao desenvolvimento humano e à materialização do superprincípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o artigo 2º esclarece que a alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais. É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de

qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis. A segurança alimentar e nutricional abrange: I – a ampliação das condições de acesso aos alimentos por meio da produção, em especial da agricultura tradicional e familiar, do processamento, da industrialização, da comercialização, incluindo-se os acordos internacionais, do abastecimento e da distribuição dos alimentos, incluindo-se a água, bem como da geração de emprego e da redistribuição da renda; II – a conservação da biodiversidade e a utilização sustentável dos recursos; III – a promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social; IV – a garantia da qualidade biológica, sanitária, nutricional e tecnológica dos alimentos, bem como seu aproveitamento, estimulando práticas alimentares e estilos de vida saudáveis que respeitem a diversidade étnica e racial e cultural da população; V – a produção de conhecimento e o acesso à informação; e VI – a implementação de políticas públicas e estratégias sustentáveis e participativas de produção, comercialização e consumo de alimentos, respeitando-se as múltiplas características culturais do País.

A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos. O Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano à alimentação adequada no plano internacional. A consecução do direito humano à alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional da população far-se-á por meio do SISAN, integrado por um conjunto de órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e pelas instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, afetas à segurança alimentar e nutricional e que manifestem interesse em integrar o

Sistema, respeitada a legislação aplicável. A participação no SISAN de que trata o artigo 7º^[51] deverá obedecer aos princípios e diretrizes do Sistema e será definida a partir de critérios estabelecidos pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA e pela Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, a ser criada em ato do Poder Executivo Federal. Os órgãos responsáveis pela definição dos critérios de que trata o § 1º do artigo 7º poderão estabelecer requisitos distintos e específicos para os setores público e privado.

Os órgãos e entidades públicos ou privados que integram o SISAN o farão em caráter interdependente, assegurada a autonomia dos seus processos decisórios. O dever do poder público não exclui a responsabilidade das entidades da sociedade civil integrantes do SISAN. O SISAN reger-se-á pelos seguintes princípios: I – universalidade e equidade no acesso à alimentação adequada, sem qualquer espécie de discriminação; II – preservação da autonomia e respeito à dignidade das pessoas; III – participação social na formulação, execução, acompanhamento, monitoramento e controle das políticas e dos planos de segurança alimentar e nutricional em todas as esferas de governo; e IV – transparência dos programas, das ações e dos recursos públicos e privados e dos critérios para sua concessão. Ao lado disso, o SISAN tem como base as seguintes diretrizes: I – promoção da intersetorialidade das políticas, programas e ações governamentais e não-governamentais; II – descentralização das ações e articulação, em regime de colaboração, entre as esferas de governo; III – monitoramento da situação alimentar e nutricional, visando a subsidiar o ciclo de gestão das políticas para a área nas diferentes esferas de governo; IV – conjugação de medidas diretas e imediatas de garantia de acesso à alimentação adequada, com ações que ampliem a capacidade de subsistência autônoma da população; V – articulação entre orçamento e gestão; e VI – estímulo ao desenvolvimento de pesquisas e à capacitação de recursos humanos.

O SISAN tem por objetivos formular e implementar políticas e planos de segurança alimentar e nutricional, estimular a integração dos esforços entre governo e sociedade civil, bem como promover o acompanhamento, o monitoramento e a avaliação da segurança alimentar e nutricional do País. Integram o SISAN: I – a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, instância responsável pela indicação ao CONSEA das diretrizes e prioridades da Política e do Plano Nacional de Segurança Alimentar, bem como pela avaliação do SISAN; II – o CONSEA, órgão de assessoramento imediato ao Presidente da República, responsável pelas seguintes atribuições: a) convocar a Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, com periodicidade não superior a 4 (quatro) anos, bem como definir seus parâmetros de composição, organização e funcionamento, por meio de regulamento próprio; b) propor ao Poder Executivo Federal, considerando as deliberações da Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, as diretrizes e prioridades da Política e do Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, incluindo-se requisitos orçamentários para sua consecução; c) articular, acompanhar e monitorar, em regime de colaboração com os demais integrantes do Sistema, a implementação e a convergência de ações inerentes à Política e ao Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; d) definir, em regime de colaboração com a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, os critérios e procedimentos de adesão ao SISAN; e) instituir mecanismos permanentes de articulação com órgãos e entidades congêneres de segurança alimentar e nutricional nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, com a finalidade de promover o diálogo e a convergência das ações que integram o SISAN; f) mobilizar e apoiar entidades da sociedade civil na discussão e na implementação de ações públicas de segurança alimentar e nutricional.

Integra, ainda, o SISAN: III – a Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional, integrada por Ministros de Estado e Secretários Especiais responsáveis pelas pastas afetas à consecução da segurança alimentar e nutricional, com as seguintes

atribuições, dentre outras: a) elaborar, a partir das diretrizes emanadas do CONSEA, a Política e o Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, indicando diretrizes, metas, fontes de recursos e instrumentos de acompanhamento, monitoramento e avaliação de sua implementação; b) coordenar a execução da Política e do Plano; c) articular as políticas e planos de suas congêneres estaduais e do Distrito Federal; IV – os órgãos e entidades de segurança alimentar e nutricional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e V – as instituições privadas, com ou sem fins lucrativos, que manifestem interesse na adesão e que respeitem os critérios, princípios e diretrizes do SISAN. A Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional será precedida de conferências estaduais, distrital e municipais, que deverão ser convocadas e organizadas pelos órgãos e entidades congêneres nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios, nas quais serão escolhidos os delegados à Conferência Nacional.

O CONSEA será composto a partir dos seguintes critérios: I – 1/3 (um terço) de representantes governamentais constituído pelos Ministros de Estado e Secretários Especiais responsáveis pelas pastas afetas à consecução da segurança alimentar e nutricional; II – 2/3 (dois terços) de representantes da sociedade civil escolhidos a partir de critérios de indicação aprovados na Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional; e III – observadores, incluindo-se representantes dos conselhos de âmbito federal afins, de organismos internacionais e do Ministério Público Federal. O CONSEA será presidido por um de seus integrantes, representante da sociedade civil, indicado pelo plenário do colegiado, na forma do regulamento, e designado pelo Presidente da República. A atuação dos conselheiros, efetivos e suplentes, no CONSEA, será considerada serviço de relevante interesse público e não remunerada.

7 Destaques ao Decreto nº 8.553/2015: O Pacto Nacional para Alimentação Saudável como Instrumento de Concreção do Direito Humano à Alimentação Adequada

Em um primeiro comentário, em sede de Direito Humano à Alimentação Adequada, faz-se carecido o reconhecimento do Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015^[52], que institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável, como importante instrumento de concreção do direito em comento. Em seu artigo 1º, aludido decreto dispõe que o Pacto Nacional para Alimentação Saudável tem como finalidade a ampliação das condições de oferta, de disponibilidade e de consumo de alimentos saudáveis, tal como combater o sobrepeso, a obesidade e as doenças decorrentes da má alimentação da população brasileira. Ao lado disso, dispõe o artigo em comento que poderão integrar o Pacto os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, a sociedade civil organizada, os organismos internacionais e o setor privado. O Pacto deverá considerar as especificidades regionais, culturais e socioeconômicas e as necessidades alimentares especiais da população. São diretrizes do Pacto Nacional para Alimentação Saudável: I - promover o direito humano à alimentação adequada; II - fomentar o acesso a alimentos de qualidade e em quantidade adequada, considerando a diversidade alimentar e os aspectos sociais e culturais da população brasileira; III - articular ações para o enfrentamento do sobrepeso, da obesidade e das doenças decorrentes da má alimentação; e IV - fortalecer as políticas de promoção da organização e da comercialização da produção da agricultura familiar.

Em consonância com o artigo 3º do Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015^[53], que institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável, são eixos do pacto em análise: I - aumentar a oferta e a disponibilidade de alimentos saudáveis, com destaque aos provenientes da agricultura familiar, orgânicos, agroecológicos e da sociobiodiversidade; II - reduzir o uso de agrotóxicos e induzir modelos de produção de alimentos agroecológicos; III - fomentar a educação alimentar e nutricional nos serviços de saúde, de educação e de assistência social; IV - promover hábitos alimentares saudáveis para a população brasileira; V - reduzir de forma progressiva os teores de açúcar adicionado, de gorduras e de sódio nos alimentos processados e ultraprocessados; VI - incentivar o

consumo de alimentos saudáveis no ambiente escolar, bem como a regulamentação da comercialização, da propaganda, da publicidade e da promoção comercial de alimentos e bebidas em escolas públicas e privadas, em âmbito nacional; VII - fortalecer as políticas de comercialização e de abastecimento da agricultura familiar; e VIII - aperfeiçoar os marcos regulatórios para o processamento, a agroindustrialização e a comercialização dos produtos da agricultura familiar.

A Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional - Caisan, no âmbito do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - Sisan, será a instância de coordenação e gestão do Pacto Nacional para Alimentação Saudável. O Pacto Nacional para Alimentação Saudável será formalizado por meio de acordo de cooperação e de plano de trabalho, que conterà o detalhamento dos compromissos firmados. O Pacto Nacional para Alimentação Saudável será custeado por: I - dotações orçamentárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consignadas anualmente nos respectivos orçamentos, observados os limites de movimentação, de empenho e de pagamento fixados anualmente; e II - outras fontes de recursos destinadas por organismos internacionais e entidades privadas sem fins lucrativos, cujo objeto social seja compatível com os eixos e as diretrizes do Pacto.

Referências:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. **Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015.** Institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8553.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006.** Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/peças/34357>>. Acesso em 06 nov. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

LIMA NETO, Francisco Vieira. **Direitos Humanos de 4ª Geração**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 06 nov. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia(1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. Petição de Direito(1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 06 nov. 2015.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e Direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que

estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 nov. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 06 nov. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 06 nov. 2015.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 06 nov. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas,

conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] *Ibid.* “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva,

empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] *Ibid.*

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 06 nov. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] COTRIM, 2010, p. 160.

[37] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

[38] MORAES, 2011, p. 11.

[39] SANTOS, 2003, s.p.

[40] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[41] SANTOS, 2003, s.p.

[42] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[43] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[44] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[45] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[46] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 06 nov. 2015.

[47] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[48] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[49] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -, partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração.[...]”

[50] BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.

[51] BRASIL. **Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.

[52] BRASIL. **Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015**. Institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8553.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.

[53] BRASIL. **Decreto nº 8.553, de 03 de novembro de 2015**. Institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8553.htm>. Acesso em 06 nov. 2015.